

2024 理律盃「生育自主相關議題」 辯論賽題目分析

今年度賽題爭點分為兩部分，第一部分為刑法相關爭點，討論戚紫伊受戚紫羽囑託而使之墮胎之行為，是否構成刑法第 290 條第 1 項意圖營利加工墮胎罪？是否符合優生保健法第 9 條規定，故應予以不罰？

第二部分則為憲法相關爭點，由辯方主張本案所涉相關規定有牴觸憲法疑慮、請求法院停止訴訟並向憲法法庭聲請法規範違憲審查，以此討論刑法墮胎罪（對墮胎之懷胎婦女、受懷胎婦女囑託或得其承諾而使之墮胎者以刑法相繩）、優生保健法第 9 條第 1 項（限制懷孕婦女須經診斷或證明有法定事由始得施行人工流產）、第 2 項規定（限制有配偶之懷胎婦女須得配偶同意始得施行人工流產）是否違反比例原則、平等原則，而有牴觸憲法之疑義？

(一) 被告之行為是否構成刑法第 290 條第 1 項意圖營利加工墮胎罪？被告得否主張優生保健法之阻卻違法事由？

1. 被告為訴外人戚紫羽實施人工流產，主觀上有無營利之意圖？
2. 本件是否符合優生保健法第 9 條第 1 項第 6 款「因懷孕或生產，將影響其心理健康或家庭生活者」？
3. 訴外人戚紫羽是否依優生保健法第 9 條第 2 項「得配偶之同意」？

(二) 被告聲請法院停止本件審判程序，就刑法第 288 條、第 289 條、第 290 條與優生保健法第 9 條第 1 項、優生保健法第 9 條第 2 項關於配偶同意權部分向憲法法庭聲請法規範憲法審查，有無理由？

1. 刑法墮胎罪規定與優生保健法第 9 條第 1 項、第 2 項規定，是否侵害憲法上人格權、個人身體自主權、隱私權、健康權或其他憲法上權利？
2. 刑法墮胎罪規定與優生保健法第 9 條第 1 項、第 2 項規定限制墮胎之保護法益、立法目的為何？是否違反憲法第 23 條比例原則？
3. 優生保健法第 9 條第 2 項(配偶同意權)規定是否違反平等權及平等原則？

目 錄

壹、 時序表	3
貳、 爭點分析	4
一、 被告之行為是否構成刑法第 290 條第 1 項意圖營利加工墮胎罪？被告得否主張優生保健法之阻卻違法事由？	4
(一) 被告為訴外人戚紫羽實施人工流產，主觀上有無營利之意圖？	4
【爭點說明】	5
【檢方可能主張】	5
【辯方可能主張】	7
(二) 本件是否符合優生保健法第 9 條第 1 項第 6 款「因懷孕或生產，將影響其心理健康或家庭生活者」？	9
【爭點說明】	9
【檢方可能主張】	10
【辯方可能主張】	15
(三) 訴外人戚紫羽是否依優生保健法第 9 條第 2 項「得配偶之同意」？ ..	17
【爭點說明】	17
【檢方可能主張】	18
【辯方可能主張】	20
二、 被告聲請法院停止本件審判程序，就刑法第 288 條、第 289 條、第 290 條與優生保健法第 9 條第 1 項、優生保健法第 9 條第 2 項關於配偶同意權部分向憲法法庭聲請法規範憲法審查，有無理由？	26
(一) 刑法墮胎罪規定與優生保健法第 9 條第 1 項、第 2 項規定，是否侵害憲法上人格權、個人身體自主權、隱私權、健康權或其他憲法上權利？	28
【爭點說明】	28
【辯方可能主張】	28
【檢方可能主張】	32
(二) 刑法墮胎罪規定與優生保健法第 9 條第 1 項、第 2 項規定限制墮胎之保護法益、立法目的為何？是否違反憲法第 23 條比例原則？	33
【爭點說明】	33
【辯方可能主張】	34
【檢方可能主張】	41
(三) 優生保健法第 9 條第 2 項（配偶同意權）規定是否違反平等權及平等原則？	46
【爭點說明】	46
【辯方可能主張】	47
【檢方可能主張】	50

壹、 時序表

日期	事件
2020 年 4 月 1 日	戚紫羽、張夫泉簽訂婚前協議書 ¹ 及登記結婚
2022 年 3 月 17 日	戚紫羽經抗穆勒氏管荷爾蒙檢查(AMH)檢查出卵巢功能早衰
2023 年 6 月 30 日	戚紫羽自行驗孕、與張夫泉透過 Line 訊息討論實施人工流產
2023 年 7 月 1 日	戚紫羽第一次至戚紫伊婦產科診所就診(確認為孕期第 5 週且無子宮外孕情形, 戚紫伊交付制式人工流產同意書)
2023 年 7 月 15 日	戚紫羽第二次至戚紫伊婦產科診所就診(服用 RU486)
2023 年 7 月 17 日	戚紫羽第三次至戚紫伊婦產科診所就診(確認排出妊娠囊及殘餘組織)
2023 年 8 月 18 日	張夫泉得知戚紫伊為戚紫羽實施人工流產
2023 年 8 月 19 日	張夫泉向臺灣臺北地方檢察署提出告發
2023 年 8 月 30 日	檢察官訊問告發人張夫泉
2023 年 10 月 2 日	檢察官訊問戚紫羽、戚紫伊
2023 年 11 月 3 日	檢察官訊問證人張夫泉、艾寧馨、金排楠
2024 年 1 月 2 日	提起公訴
2024 年 4 月 19 日	準備程序 ²

¹ 依據賽題釋疑, 原附件一「婚前協議書」前言第一行應所載戚紫「韻」為誤植, 應更正為戚紫「羽」。

² 依據賽題釋疑, 附件十二準備程序筆錄第三頁第二點應更正為「又刑法第 288 條、第 289 條與前開法規範具有重要關聯性, 亦有前開違憲情形, 故應有併同聲請法規範憲法審查之必要。」

貳、爭點分析

一、被告之行為是否構成刑法第 290 條第 1 項意圖營利加工墮胎罪？被告得否主張優生保健法之阻卻違法事由？

【摘要】

依據刑法第 290 條第 1 項³（意圖營利加工墮胎罪）與第 289 條第 1 項規定（加工墮胎罪），在主觀上須具備「意圖營利」與「墮胎故意」之構成要件，客觀上則須為「受懷胎婦女之囑託之人」或「得懷胎婦女承諾之人」，實施「使之墮胎」之構成要件行為，始會成罪。

就本案而言，戚紫伊係受戚紫羽之囑託，開立 RU486 藥物使之墮胎，並發生墮胎既遂等情形，應無爭議。爭點在於戚紫伊未收取基本掛號費和藥物費用、但有就戚紫羽就診紀錄以診所名義申報請領健保點數之行為，是否該當於「意圖營利」之主觀構成要件？此即第一項爭點。

此外，實務見解及學說通說均認為，我國優生保健法第 9 條規定了特定人工流產行為的合法化事由，故為刑法墮胎罪之阻卻違法事由⁴。就本件而言，被告戚紫伊或可主張本件符合優生保健法得合法實施人工流產之例外情形，故該當刑法第 21 條第 1 項（依法令之行為）或第 22 條（業務上正當行為）」之阻卻違法事由，從而本件並不成立墮胎罪。惟主張阻卻違法事由之前提在於，戚紫羽是否符合優生保健法第 9 條第 1 項第 6 款「因懷孕或生產，將影響心理健康或家庭生活」之要件？以及，戚紫羽是否依優生保健法第 9 條第 2 項得其配偶張夫泉同意？此即第二項、第三項爭點。

（一）被告為訴外人戚紫羽實施人工流產，主觀上有無營利之意圖？

³ 刑法第 290 條第 1 項：「意圖營利而犯前條第一項之罪者，處六月以上五年以下有期徒刑，得併科一萬五千元以下罰金。」；同法第 289 條第 1 項：「受懷胎婦女之囑託或得其承諾，而使之墮胎者，處二年以下有期徒刑。」

⁴ 盧映潔，**刑法分則新論（修訂十八版）**，第 549、551 頁：「近年來因性觀念與性行為的開放，以及倫理道德標準及社會價值觀的改變，並在倡行節育的人口政策下，對於墮胎行為的非價判斷與其可非難性乃大幅度地下降，我國在民國 74 年施行的優生保健法第 9 條所允許的六種事由進行人工流產，已現實上將墮胎行為予以合法化，而使得本罪章在實務上的運用可能性大幅降低...。」；「我國優生保健法第 9 條規定了特定人工流產行為的合法化事由，若符合該法的規定者，係屬刑法第 21 條第 1 項的行為，而可阻卻本罪行為之違法性。」；甘添貴，**刑法各論上（修訂五版）**，第 75 頁：「自優生保健法施行後，指定醫師依該法第 9 條之規定為孕婦實施人工流產之行為，固可認其為依法令之行為，而阻卻違法；該孕婦為防止生命危險之必要，其囑託或承諾人工流產之行為，亦可認其為法令所容許之行為，而不成立犯罪，非僅阻卻處罰而已。」；褚劍鴻，**刑法分則釋論四次增訂本（下冊）**，2006 年 4 月，第 1003 頁：「依優生保健法第九條規定，懷孕婦女得施行人工流產者，依同法第五條規定：『本法規定之人工流產或結紮手術非經中央主管機關指定之醫師不得為之。』...是經中央主管機關指定之醫師，為懷孕婦女施行人工流產，應屬業務上之正當行為，依法不罰。」

【爭點說明】

實務上對於「意圖營利」之認定，並不以意圖獲得金錢為限，如果是主觀上有取得其他財產利益之動機，亦可能被認定該當於「意圖營利」。本案中，戚紫伊身為其獨資開設之診所之負責人，可能構成收取利得之部分可能有三：(1)掛號費、(2)藥物費；(3)診察費之收取。是以，爭點在於：戚紫伊為戚紫羽支付 RU486 自費藥物與掛號費後，仍將戚紫羽之三次就診申報健保點數，其中是否有獲利意圖？

首先，可以探討本案情形究竟有無獲利可能性。雖然「意圖營利」之要件並不以果已獲利為必要，但若客觀上根本沒有因為申報健保點數而獲得利益的可能性，亦難主張主觀上有透過申報健保點數而獲得財產上利益之動機。因掛號費、藥物費在性質上均屬自費項目、事實上亦確係由戚紫伊為戚紫羽支付，故重點在於診察費是否屬於健保給付項目。

但是，畢竟「意圖營利」為主觀要件，故即便戚紫伊申報健保點數有獲利可能，辯方仍可援引其他理由與事證主張戚紫伊並無營利意圖。例如：戚紫伊為戚紫羽支付 RU486 自費藥物與掛號費之支出明顯高於因申報請領診察費之健保點數所得之費用，足以證明其並無透過墮胎行為而獲利之意圖；或者縱使「診察費」部分申報健保點數可能獲利，惟三次診療中均有包括與墮胎無關之一般診療行為，或者該申報是就其診所在該季之全部病患就診紀錄統一為之之慣例行為，發生在墮胎行為既遂後，無法用以證明營利意圖等。

【檢方可能主張】

1. 實務上對於營利意圖之認定，乃指行為人獲取財物或財產上利益之主觀上動機而言，不以使自己獲利者為限，亦不以果已獲利為必要（最高法院 112 年度台上字第 4880 號刑事判決、最高法院 113 年度台上字第 2201 號刑事判決參照⁵）。是以，戚紫伊客觀上是否因申報健保

⁵ 最高法院 112 年度台上字第 4880 號刑事判決：「所謂營利意圖，乃指行為人欲藉由引誘、容留或媒介行為而獲取財物或財產上利益之主觀上動機、目的而言，不以使自己獲利者為限，使第三人獲利亦屬之，直接或間接獲利，均非所問；又『意圖』既係行為人主觀之動機、目的，即非當然實現，故並不以果已獲利為必要。」最高法院 113 年度台上字第 2201 號刑事判決：「所謂營利意圖，乃指行為人欲藉由毒品交付而獲取財物或財產上利益之動機、目的，不以自己獲利為限，使第三人獲利亦屬之，亦不以果已獲利為必要。」

褚劍鴻，刑法分則釋論四次增訂本（下冊），2006 年 4 月，第 1002 頁：「所謂『意圖營利』，乃謂有圖藉加工墮胎行為以獲取不法利益之意欲，並不以實際上已獲得利益為要件，...其屬經常為之或偶然為之，亦非所問。」

甘添貴，刑法各論上（修訂五版），第 78 頁：「行為人除對於因墮胎而有害於胎兒之生命，須具有預

點數而有獲利之結果，並非所問。

2. 依據全民健康保險法第 62 條第 1 項及第 3 項⁶、全民健康保險醫療費用申報與核付及醫療服務審查辦法第 4 條、第 6 條、第 12 條第 1 項等規定，可知全民健康保險機制之運作，係由全民健保特約醫事服務機構每月向衛生福利部中央健康保險署（保險人）申報醫療服務案件費用，由保險人依醫療費用點數（即健保點數）辦理醫療費用之暫付、結算、核定、抵扣、追償等。
3. 據此，醫療費用點數（即健保點數）之多寡，相當於該醫事服務機構最終得收受核付醫療費用之計算依據⁷，故實務見解亦明確認定健保點數之申報請領及因此所得醫療費用之核付屬於「財產上利益」（臺灣高等法院 110 年度上訴字第 2027 號刑事判決⁸、臺灣高等法院 111 年度上易字第 358 號刑事判決參照⁹）。再參財政部賦稅署「一百十

見或認識外，尚須有營利之意圖。行為人只須於行為時，具有營利意圖為已足，實際上果否得利，則非所問。」

⁶ **全民健康保險法第 62 條第 1 項**：「保險醫事服務機構應依據醫療服務給付項目及支付標準、藥物給付項目及支付標準，向保險人申報其所提供之醫療服務之點數及藥物費用。」、第 3 項：「保險人應依前條分配後之醫療給付費用總額及經其審查後之醫療服務總點數，核算每點費用；並按各保險醫事服務機構經審查後之點數，核付其費用。」

⁷ **臺灣高等法院臺南分院 109 年度上易字第 268 號刑事判決**：「按『保險醫事服務機構應依據醫療服務給付項目及支付標準、藥物給付項目及支付標準，向保險人申報其所提供之醫療服務之點數及藥物費用。』、『保險人應依前條分配後之醫療給付費用總額及經其審查後之醫療服務總點數，核算每點費用；並按各保險醫事服務機構經審查後之點數，核付其費用。』全民健康保險法第 62 條第 1、3 項定有明文；所謂全民健康保險所謂醫療費用點數，蓋由申請費用點數加上部分負擔金額，其申請之醫療費用，係由藥費、藥事服務費、診察費、診療費等之加總，有行政院衛生署中央健康保險局 100 年 7 月 8 日健保南字第 1005015191 號函可按，為審判周知之事」

⁸ **臺灣高等法院 110 年度上訴字第 2027 號刑事判決**：「甲○○(原名林義龍)...將該等不實之醫療紀錄，以電腦傳輸轉錄之方式上傳至健保署備查，並利用不知情之○○診所行政人員，按月於附表一、二所示申報日期將該等電磁紀錄及申報所需書面資料寄送至健保署，為不實申報以請領健保醫療給付而行使之，虛報如附表一、二『浮報點數』欄所示健保點數，致健保署承辦人員陷於錯誤，誤認其所登載之醫療處置內容均屬實，而陸續於附表一、二『核付日期』欄所示時間將附表一、二「核定金額」欄所示之醫療費用撥付至被告所管理、使用並於健保署註冊之臺灣中小企業銀行帳戶，以此方式共計詐領醫療費用新臺幣 132,045 元，足以生損害於附表一、二所示病患、陳昭安及健保署審核醫療費用給付之正確性。嗣經病患檢舉且由健保署查核後，認定○○診所確有上開違規情事，始悉上情。.....核被告所為，就附表一編號 1、4 至 40、42 至 45 登載不實電磁就醫紀錄後上傳○○醫療系統而取得健保給付部分，係犯刑法第 216 條、第 215 條、第 220 條第 2 項之行使業務登載不實準文書罪及刑法第 339 條第 1 項之詐欺取財罪.....」

⁹ **臺灣高等法院 111 年度上易字第 358 號刑事判決**：「被告明知未於附表二編號 1 至 7 就診日期欄所示時間，對林顯璋等 7 名病患為各編號『虛偽登載內容欄』所示診斷內容及醫療項目，亦未於附表二編號 8、9 就診日期欄所示時間，為乙○○、黃妍蓉看診治療及實施換藥、甘油球灌腸，竟刻意登載不實之診斷內容及醫療處置，據以製作不實之電磁紀錄，上網傳輸至健保署申報請領醫療費用，其傳達與客觀事實不符之資訊，自屬施以詐術，且具為自己不法所有意圖，應可認定，因此致健保署承辦人員陷於錯誤，遂依健保點數給付被告醫療費用，被告因而詐得合計 16,470 點健保點數（點值換算後虛報

二年度執行業務者費用標準」¹⁰內西醫師執行業務所得包括全民健康保險收入、掛號費收入及非屬全民健康保險收入等項目，且全民健康保險收入係依中央健康保險署核定之點數折算而成，可知健保點數之核付直接影響西醫師執行業務所得。本件戚紫伊亦不否認其就戚紫羽三次就診紀錄均有申請健保點數（賽題附件六：112年10月2日戚紫伊訊問筆錄），則戚紫伊主觀上確有營利意圖，應無疑義。

4. 又戚紫伊雖為戚紫羽負擔 RU486 自費藥物與掛號費等費用，惟實務見解關於刑法第 290 條圖利加工墮胎罪之認定，本不以施行人工流產本身有無收費為斷，倘就相關診查與診斷有收取利得，亦該當意圖營利之要件（臺灣高等法院 90 年度上訴字第 2645 號刑事判決參照¹¹），況病患以自費方式接受醫療服務或施打針劑之行為，醫師仍可就實際診療情形申報健保點數，此為實務見解所明確肯認之情形¹²。而戚紫伊雖為戚紫羽負擔 RU486 自費藥物與掛號費等費用，惟其為戚紫羽實施診察部分，仍屬全民健康保險給付範圍之項目，經申報健保點數後仍可核算、給付為每點對應之等值費用。

【辯方可能主張】

1. 參考法院實務上認定構成意圖營利加工墮胎罪之案例，在該等個案中，醫師均有收取藥物費用、掛號費或相關診療費用之情形（臺灣高等法院 96 年度重醫上更(三)字第 110 號刑事判決、臺灣高等法院 98 年度上訴字第 4234 號刑事判決、臺灣高等法院高雄分院 108 年度上訴字第 2 號刑事判決參照）。相較於此，戚紫伊自掏腰包為戚紫羽支

金額 15,421 元) 之健保醫療費用，其行為自己該當刑法上之詐欺取財罪。……足徵被告當知不實申報係違反健保特約規定，不得據以領取醫療費用，猶為本案各次之不實申報並獲取醫療給付，其顯係故意以不實之診斷內容及醫療處置為申報內容欺瞞健保署，並有從中牟得利益之不法所有意圖。」

¹⁰ 財政部賦稅署民國 113 年 2 月 16 日台財稅字第 11204661691 號令公布之「一百二十年度執行業務者費用標準」：「十、西醫師：(一)全民健康保險收入（含保險對象依全民健康保險法第四十三條及第四十七條規定應自行負擔之費用及依全民健康保險醫療資源不足地區改善方案執業之核付點數）：依中央健康保險署核定之點數，每點零點八元。(二)掛號費收入：百分之七十八。(三)非屬全民健康保險收入：...」

¹¹ 臺灣高等法院 90 年度上訴字第 2645 號刑事判決：「刑法上意圖營利墮胎罪，係因意圖營利而犯參與墮胎罪者而成立，祇須有營利之意圖為已足，不以實際得利為要件，舉凡醫師、藥劑師、助產士或藥商參與墮胎者而得利者，均應成立本罪，但刑法上為恐以所列舉之人為限，難免有遺漏之處，故以意圖營利以示概括，本件被告身為醫師，並非因被害人符合優生保健法人工流產之規定，而免費施行人工流產，其尚收取診查、診斷、手術、醫藥等費用，其間含有利得存在……」

¹² 臺灣新竹地方法院 112 年度易字第 373 號刑事判決：「若病患因自費施打針劑至診所就診，醫師仍可依其實際診療情形申報診療費用...」

付 RU486 自費藥物費用與掛號費，乃不爭之事實（賽題事實第九段）、亦為戚紫羽、戚紫伊偵查中供述在案（賽題附件六、附件七：112 年 10 月 2 日戚紫伊訊問筆錄、112 年 10 月 2 日戚紫羽訊問筆錄參照），即足證明戚紫伊並無透過為戚紫羽施行人工流產而獲財產上利益之主觀意圖。

2. 實務見解明揭，「營利意圖」此一主觀構成要件，必須是行為人於「行為時」有為自己或第三人牟取財產上利益之意圖¹³。本案戚紫伊在為戚紫羽實施人工流產時，自掏腰包為其納自費藥物與掛號費用，已足證明其並無獲利之意圖。而戚紫伊嗣後循例就診所當月累積健保點數提出申報，斯時加工墮胎行為業已終結，故戚紫伊仍不因申報健保點數之行為而該當意圖營利之主觀要件。在全民健康保險制度下，僅有屬於全民健康保險給付範圍之醫療服務與藥物，始能申報健保點數並據此核算、給付每點對應之等值費用。戚紫伊為戚紫羽自掏腰包給付之掛號費與 RU486 藥物，均非全民健康保險給付範圍，戚紫伊之婦產科診所不因此獲有任何健保點數：

- (1) **掛號費**：依據全民健康保險法第 51 條第 10 款，掛號費並非全民健康保險之給付範圍¹⁴。
- (2) **RU486 藥物費用**：戚紫羽係依優生保健法第 9 條第 1 項第 6 款施行人工流產，屬「非治療需要人工流產」，非在全民健康保險給付範圍（行政院衛生署衛署健保字第 84022122 號函¹⁵），故戚紫伊

¹³ 最高法院 102 年度台上字第 905 號刑事判決：「毒品危害防制條例關於販賣毒品罪之成立，係以行為人主觀上有營利意圖，客觀上有販入或賣出該條例所規定之毒品，或二者兼而有之者為其構成要件。故行為人於行為時，其主觀上有無此項營利之意圖，自應於科刑判決之事實欄內詳為記載，然後於理由內說明其憑以認定之證據，始為合法。依原判決事實欄之記載，固認定上訴人明知大麻為毒品危害防制條例第二條第二項第二款所稱之第二級毒品，不得販賣，仍意圖營利，基於販賣大麻犯意，而有本件販賣大麻予陳志安犯行，因而論以上訴人販賣第二級毒品罪刑，但其理由內對於何以認定上訴人主觀上有營利意圖乙節，則未為任何論述說明，自有判決理由不備之違法。」，類似判決意旨可參最高法院 102 年度台上字第 39 號刑事判決、最高法院 101 年度台上字第 2773 號刑事判決。

¹⁴ 衛生福利部，即日起醫院掛號費可上網查詢，2010 年 4 月 30 日，<https://www.mohw.gov.tw/cp-3161-26587-1.html>：「掛號費不是醫療費用，也不在健保給付範圍內，但為民眾所關心，因此，健保局請各特約醫院提供掛號費資料，並於全球資訊網站上建置查詢網頁，作為就醫參考資訊之一...」；衛生福利部中央健康保險署，健保局針對民眾自費之相關管理措施，2011 年 5 月 31 日，<https://www.nhi.gov.tw/ch/cp-6682-ff308-3255-1.html>：「二、健保不給付項目...掛號費、美容外科手術、醫師指示用藥、義齒及義眼。」

¹⁵ 行政院衛生署衛署健保字第 84022122 號函：「非治療需要之人工流產係指左列項目以外之人工流產。(一)本人或其配偶患有礙優生之遺傳性、傳染性疾病或精神疾病者。(二)本人或其配偶之四親等以內之血親患有礙優生之遺傳性疾病者。(三)有醫學上理由，足以認定懷孕或分娩有招致生命危險或危害身

將戚紫羽之就診紀錄與其他病患就診紀錄一併申報醫療服務健保點數，並無因此獲得任何利益之可能。

3. 縱使戚紫伊之診所就戚紫羽三次就診之診察費部分均有申請健保點數該三次診療行為並非均與加工墮胎行為有關，尚包括一般之診察行為，故戚紫伊之診所本得此三次診察行為申報請領健保點數：

- (1) 112年7月1日第一次診療行為係檢查戚紫羽懷孕情況，及單純說明以口服墮胎藥終止妊娠之資訊，均與加工墮胎行為無涉；
- (2) 112年7月15日第二次診療行為雖有以開立RU486藥物之方式實施加工墮胎，惟亦有檢查懷孕情形之診察行為；
- (3) 又本件加工墮胎行為已於戚紫羽服用RU486藥物時因胎兒死亡而既遂，是以112年7月17日第三次診療行為開立PGE1藥物使戚紫羽排除妊娠囊及殘餘組織，已非加工墮胎行為。

4. 本案中，戚紫伊行為之收入遠低於其支出，亦可證其無營利之意圖：

依據「全民健康保險醫療服務給付項目及支付標準」附表2.1.4「基層院所專科醫師別申報第一段合理量內門診診察費加成支付點數之計算」之計算標準，基層院所門診處方交付特約藥局調劑或處方由本院所自行調劑之診察費最高均為每人次411點（設每日看診人次於1至30人間，健保代碼00109C、00110C）。本案中，診所是戚紫伊獨資，亦即盈虧乃歸其個人自負。戚紫伊獨資開設之診所應屬基層診所，其以上開三次診察行為申報請領之健保點數最多僅有1,233點，縱使考量健保點值浮動之情形，其因此所得之收入亦遠低於戚紫伊為戚紫羽所支付之RU486藥物費用及掛號費。基此，被告主觀上絕無營利之意圖甚明。

(二) 本件是否符合優生保健法第9條第1項第6款「因懷孕或生產，將影響其心理健康或家庭生活者」？

【爭點說明】

優生保健法第9條第1項第6款「懷孕婦女經診斷或證明有下列情事之一，得依其自願，施行人工流產：……因懷孕或生產，將影響其心理健康或家庭

體或精神健康者。(四)有醫學上理由，足以認定胎兒有畸形發育之虞者。……非治療需要人工流產之醫療費用，全民健康保險不予給付。」

生活者」之構成要件內涵不甚明確，無論是「心理健康」或「家庭生活」，其定義和要件均有相當模糊空間，而個案情形是否符合「因懷孕或生產將影響心理健康或家庭生活」一節，是由懷孕婦女自述判斷，或由施行人工流產手術之婦產科醫師獨立判斷，甚或能否事後由檢察官、法院推翻懷孕婦女及婦產科醫師的認定，亦發展出寬嚴不一的歧異見解。

針對此項爭點，辯方可能主張戚紫羽懷孕已影響其「心理健康」（自述有身心狀況不佳情形、也經過戚紫伊診斷並記載於診療記錄單），也可能主張懷孕已影響其「家庭生活」（戚紫羽與張夫泉未懷孕及人工流產之事爭執分居、張夫泉告發戚紫羽與戚紫伊犯刑法墮胎罪），亦可能主張本件同時存有影響「心理健康」與「家庭生活」之情況。但是，檢方應傾向採取嚴格解釋，主張戚紫羽的身心狀況並未經過精神科專科醫師或專業心理衡鑑，且戚紫伊之判斷並非出於醫療專業判斷、而是依據二人作為家人相處經驗的推測等。

換句話說，本項爭點核心在於應由誰來判斷「因懷孕或生產將影響心理健康或家庭生活」？是懷孕婦女自己、婦產科醫師？如主張心理健康受影響，婦產科醫師的診斷是否足夠？或需進一步由精神科醫師依其專業並透過衡鑑工具作成正式診斷才算？如果婦產科醫師被起訴甚或獲判有罪，是否代表檢察官或法官的判斷，才是優生保健法第9條第1項第6款符合與否的「診斷或證明」？而檢方與辯方對於優生保健法第9條第1項第6款採取寬鬆或嚴格兩種不同解釋取向，實質上是彰顯雙方在出發點上對於「懷孕婦女自主權」或「胎兒利益」兩種價值保障的優先順序取捨差異，故檢辯雙方亦可能就上述兩種價值之優先順序提出相關主張。

【檢方可能主張】

1. 墮胎罪係為保障胎兒利益所設，僅在符合優生保健法之特定情形始得例外容許施行人工流產，故優生保健法第9條第1項第6款得否適用，自應從嚴認定：

(1) 最高法院明確揭示墮胎罪係為保障胎兒利益所設（最高法院99年度台上字第7588號刑事判決¹⁶），同時亦指出懷胎婦女本人並無

¹⁶ 最高法院99年度台上字第7588號刑事判決：「刑法第二百八十八條第一項之自行墮胎罪，行為主體固為墮胎婦女，客體為腹內胎兒，所保護之法益主要係胎兒之健康發育、順產，尚兼及維持風俗、保全公益；同法第二百九十條第一項之營利加工墮胎罪，行為主體則為意圖營利，受懷胎婦女之囑託或得其承諾，使之墮胎之人，乃孕婦以外之人員，不以婦產醫師或助產士等專業人員為限，客體除為胎兒之外，包含孕婦在內，所保護之法益除上揭自行墮胎罪法益外，另兼及孕婦本身之健康」

「是否讓胎兒留存其體內而生存」之自我決定權（最高法院 90 年度台上字第 468 號民事判決¹⁷）。

- (2) 而我國最高法院向來且一貫之見解，係肯認例外從嚴原則乃法律解釋與適用上之基本法理（最高法院 100 年度台上字第 5944 號判決、最高法院 93 年度台上字第 5351 號刑事判決意旨參照）。經查，現行優生保健法第 9 條在法規範整體體系之下，屬刑法墮胎罪之例外事由，應從嚴解釋適用，此為實務見解所明確肯認（臺灣高等法院 91 年度上易字第 407 號刑事判決¹⁸、臺灣高雄地方法院 101 年度訴字第 292 號刑事判決參照¹⁹）。
- (3) 據上，優生保健法第 9 條第 1 項第 6 款「因懷孕或生產，將影響其心理健康或家庭生活者」要件之定義與標準應予以適當界定，無從透過便宜認定或類推解釋，否則將使任何墮胎行為均成合法，致優生保健法例外事由之適用，竟較作為原則之刑法墮胎罪之適用更為寬泛，造成法體系紊亂。據此，優生保健法第 9 條第 1 項第 6 款得否適用，其證明方式須達到「經診斷因懷孕或生產將影響懷孕婦女之心理健康」、或「經證明因懷孕或生產將影響懷孕婦女之家庭生活」之程度並予以嚴格認定。

2. 戚紫伊主張戚紫羽有「因懷孕影響心理健康」之情事，所依憑者無非為

¹⁷ 最高法院 90 年度台上字第 468 號民事判決：「刑法第二百八十八條有關墮胎罪之規定，所保護之客體係母體內成長之胎兒，故墮胎罪所保護之法益乃在於胎兒之生命，使其在母體內得以自然成長，直至成熟時而出生為人。胎兒係生命體，為一種具有人格之重要法益，懷孕婦女本人對於是否讓胎兒留存其體內而生存之問題，涉及生命價值、人性尊嚴，並無所謂『自我決定權』，至於優生保健法第九條規定賦予部分得行人工流產之事由，係刑法墮胎罪之阻却違法事由，故如符合該規定要件之人工流產行為，即可阻却違法，非可據此而謂憲法賦予婦女『墮胎自由權』或『生育決定權』。」

¹⁸ 臺灣高等法院 91 年度上易字第 407 號刑事判決：「究竟何謂『影響其心理健康或家庭生活』？法律文義甚為抽象，如未能予以適當之界定，其範圍可能相當廣泛，將使任何墮胎行為均成為合法，而與現行法律之規定有違。本院認優生保健法第九條第一項第六款之規定，應予適度釐清及界定，固然婦女墮胎問題，牽涉層面極廣，從法學、哲學、倫理學、生物學、醫學、政治、社會等不同的角度切入，可能得出不同面向之結論，但依現行有效之刑事法律規範，不符合優生保健法相關規定之墮胎行為仍屬非法行為。……本案被告甲○○辯稱：其行為若構成犯罪，將使優生保健法第九條第一項第六款之規定形同具文，違背墮胎除罪化之法律潮流，並使合格醫師紛紛拒絕施行人工流產，使懷孕婦女大量轉入密醫墮胎，並無所據，且與犯罪之構成要件無關，尚難因該等推論即為被告甲○○有利之認定。又斟酌墮胎行為為長久以來，在我國文化背景下所形成之社會現實，本院希望透過實務界對於優生保健法第九條第一項第六款之界定，使醫生於行使優生保健法第九條第一項第六款之裁量權時更為審慎，以達保護胎兒生命與婦女生命身體健康之目的。」

¹⁹ 臺灣高雄地方法院 101 年度訴字第 292 號刑事判決：「懷孕婦女有無優生保健法第 9 條第 1 項各款規定要件之情形，須經『診斷』或『證明』而認定，又該條規定，既為排除刑法保障前開法益所設墮胎罪處罰之特別規定，例外從嚴，性質上原無便宜認定或類推解釋之餘地。」

「戚紫羽自述心理健康狀況不佳」（附件三戚紫羽診療記錄單、附件七 112 年 10 月 2 日戚紫羽訊問筆錄）、「戚紫伊作為婦產科醫師之診斷」（附件三戚紫羽診療記錄單、附件六 112 年 10 月 2 日戚紫伊訊問筆錄），以及「第三人等對戚紫羽心理健康狀況之觀察描述」（附件九 112 年 11 月 3 日艾寧馨訊問筆錄、附件十 112 年 11 月 3 日金排楠訊問筆錄）。惟前開證詞或證據，均不足作為「因懷孕影響心理健康」要件之診斷或證明，更無從替代精神科醫師之專業診斷：

- (1) 為確保優生保健法第 9 條第 1 項第 6 款之裁量與適用審慎、嚴格，關於懷孕婦女心理健康之診斷，須由具備相關資格與執照之精神科或身心科醫師，依其專業及透過相關精神鑑定與心理衡鑑工具進行診斷(臺灣高雄地方法院 101 年度訴字第 292 號刑事判決²⁰)。舉例而言，實務上常用評估工具，包含美國精神疾病診斷手冊第五版(Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders, DSM-V²¹)、精神症狀量表 (Symptom Check List 90-R)、簡式症狀量表 (Brief Symptom Rating Scale)、健康性格習慣量表或班達測驗²²等。
- (2) 準上，戚紫伊固然為婦產科醫師，惟其診療結果仍無從替代精神科醫師之專業診斷。蓋實務上無論是關於醫審會運作²³、勞工失能保險給付²⁴之認定，均需由個別科別專長之醫師或專家就個案進行

²⁰ 臺灣高雄地方法院 101 年度訴字第 292 號刑事判決：「懷孕婦女有無優生保健法第 9 條第 1 項各款規定要件之情形，須經『診斷』或『證明』……是辯護人雖辯稱：被告是根據黃黛汝之陳述，依照優生保健法之規定而為之醫療行為；醫師基於其專業之判斷，認為黃黛汝當天之精神狀態確實有焦慮、失眠、精神狀態欠佳之情形云云，……被告郭怡廷除婦產科外，並未取得精神科或其他任何次專科之執照等情，業據其在本院審理時自承在卷，依其資格、能力，是否堪當就患者罹患精神病或其他重大疾病與否作成診斷，已然可議……另就被告郭怡廷所辯前揭行為係出於對懷孕婦女黃黛汝之認識，然就其中包括黃黛汝遭受家庭暴力、已有二名子女而經濟不堪更為負擔、精神狀況不佳、焦慮、哭泣、重複同樣問句與話語，及正在服用安眠藥物，甚至是否已經離婚等情，除均聲稱係依利害關係人黃黛汝之片面敘述，及其在門診中所為之觀察而得知者外，亦自承不曾獲得黃黛汝提供任何病歷等相關資料以為證明，衡其情節，均與前開優生保健法第 9 條第 1 項規定，應以『診斷』或『證明』為判斷其有無各款事由之要件，迥然不符」

²¹ DSM 為實務上所常用之評估與診斷工具，包含勞動部職業安全衛生署公布之職業相關之創傷後壓力症候群認定參考指引，或者我國刑事訴訟程序對被告實施精神鑑定時，均採用 DSM 作為參考（例如：臺灣高等法院 107 年度上重更一字第 6 號判決）。

²² 臺灣高等法院 104 年度上訴字第 2550 號刑事判決、臺灣新北地方法院 109 年度訴字第 720 號刑事判決參照。

²³ 臺灣高等法院臺南分院 112 年度醫上易字第 4 號民事判決：「按衛福部受理委託鑑定機關委託鑑定案件，應提交該部醫事審議委員會醫事鑑定小組（以下簡稱醫事鑑定小組）召開會議審議鑑定；前項鑑定，得先行交由相關科別專長之醫師（以下簡稱初審醫師）審查，研提初步鑑定意見……，醫療糾紛鑑定作業要點第 4 條第 1、2 項、第 5 條分別定有明文」

²⁴ 勞工保險條例施行細則第 69 條第 1 項規定：「依本條例第 53 條或第 54 條規定請領失能給付者，以

認定，可見不同領域之醫師無法跨科別為醫理判斷。而戚紫伊認定戚紫羽有心理健康狀況不佳之情事，僅憑戚紫羽之患者自述，並未使其接受任何精神症狀量表之檢測，亦未參考精神疾病診斷手冊等工具。

- (3) 換言之，縱使是具備相關資格與執照之精神科或身心科醫師，在判斷案主有無精神疾病或心理健康時，尚須仰賴相關量表與檢測後始能作成診斷結果，戚紫伊並非精神科或身心科醫師，卻僅憑戚紫羽自述即驟然認定其有心理狀況不佳之情事，實屬率斷。事實上，戚紫羽自述懷孕後有焦慮、失眠、食慾不振、精神不佳等情形，乃一般人常見之精神生理壓力反應，仍不足認定為優生保健法第9條第1項第6款因懷孕致影響心理健康之情形，亦有實務見解可資參照(臺灣高雄地方法院101年度訴字第292號刑事判決參照²⁵)。

3. 縱然「因懷孕影響心理健康」要件之診斷得由婦產科醫師為之，戚紫伊為戚紫羽實施人工流產，亦非出於醫師專業診斷，仍不符優生保健法第9條第1項第6款之要件：

- (1) 參考戚紫伊偵查中供述，可知其認定戚紫羽有心理健康狀況不佳情形，並非基於醫師專業，而是出於其作為戚紫羽家人或聽第三人轉述之判斷：「戚紫羽是運動員，平時氣色很好、很有活力，總是很開朗，從小到大她很少生病。但她112年7月1日初診的時候，神情就已經比平時憔悴很多...我也聽我媽媽說她住在娘家的時候，身心狀況不太好，常常躲在房間哭...我判斷懷孕已經嚴重影響戚紫羽的心理健康及家庭生活，符合優生保健法，才為她實施人工流產。畢竟她的夢想就是參加奧運、為國爭光，她都已經努力了這麼久，我不可能看著她這麼痛苦、錯失這個機會。」
- (2) 此外，診療紀錄單「患者自述懷孕影響心理健康及家庭生活，希望

全民健康保險特約醫院或診所診斷為實際永久失能之當日為本條例第30條所定得請領之日。但被保險人於保險有效期間發生傷病事故，於保險效力停止後，符合勞工保險失能給付標準第3條附表規定之治療期限，經專科醫師診斷證明為永久失能，且其失能程度與保險效力停止後屆滿1年時之失能程度相當者，為症狀固定，得依本條例第20條第1項請領失能給付，並以保險效力停止後屆滿1年之當日為得請領之日。」；勞工保險條例第54條之1第1項授權訂定之勞工保險失能給付標準附表第2-4項規定：「……二、審定時，須由神經科、神經外科或復健科專科醫師診斷開具失能診斷書，……。」

²⁵ 臺灣高雄地方法院101年度訴字第292號刑事判決：「單純之焦慮、失眠，甚或所謂精神狀態不佳，原屬現代工商社會緊張生活下，於一般人常見之精神生理壓力反應，自難據此即認為被告已就黃黛汝是否罹患礙優生之精神疾病作成診斷，或其因懷孕或生產，將影響其心理健康或家庭生活之證明作成判斷」

實施人工流產」、「患者自述自從發現自己懷孕以來，時常焦慮與抑鬱，晚上難以入眠，白天精神不濟、食慾不振，嚴重影響工作與比賽表現」，均係單純記載患者自述感受，除「患者面容憔悴、憂慮，心神不寧」等臨床表現記載，未見戚紫伊對此有何專業認定或判斷在內，可見戚紫伊主張係出於醫師專業診斷認定戚紫羽有心理健康受影響情事，僅為臨訟砌詞，並無可採。

4. 又懷孕婦女自述或經第三人轉述心理健康狀況不佳，仍不足作為「因懷孕影響心理健康」要件之診斷或證明（臺灣高雄地方法院 101 年度訴字第 292 號刑事判決參照²⁶）。蓋依自己代理禁止之法理原則，為避免利益衝突，不容許代理人代理本人與自己進行法律行為。在人工流產情境下，懷孕婦女決定墮胎、終結胎兒成長中的生命，與使胎兒在母體腹中延續成長中的生命、直至能夠於母體外獨立呼吸而存活之利益，顯有衝突。惟胎兒在出生前並無意思表示能力，此際即難僅憑懷孕婦女一己意念而作成墮胎決定，故不能僅依懷孕婦女自述有「因懷孕影響心理健康」即容許人工流產。就此，戚紫羽之母艾寧馨及其教練金排楠對戚紫羽心理健康狀況之觀察描述更顯為其主觀臆測，更不足作為優生保健法第 9 條第 1 項第 6 款要件之診斷或證明。：
5. 至優生保健法對於「家庭生活」雖無明確定義或判斷標準，惟實務上判認懷孕有影響家庭生活之判決，或係衡酌夫妻之一方癱瘓²⁷、或衡酌婦女係與配偶以外之人通姦而懷孕，如告知配偶將影響家庭生活²⁸，與本件情形不同。且查，張夫泉與戚紫羽並未因戚紫羽懷孕之事實而離婚，二人縱有不睦之情事，亦係肇因於戚紫羽單方面決定施行人工流產，並

²⁶ 臺灣高雄地方法院 101 年度訴字第 292 號刑事判決：「本院依職權調取黃黛汝於 97 年 1 月 1 日至 98 年 12 月 31 日之間，即其前開經被告實施墮胎前後二年內之全部健保申報資料，並針對其就診之院所中，設有精神科部門者，逐一函詢後，猶據回報：黃黛汝未曾因精神相關疾病或症狀至該等院所就診等情，有行政院衛生署中央健康保險局 101 年 5 月 21 日健保醫字第 1010028475 號函及所附申報資料、義大醫療財團法人義大醫院 101 年 6 月 27 日義大醫院字第 10101295 號函、長庚醫療財團法人高雄長庚紀念醫院 101 年 7 月 19 日（101）長庚院高字第 B60389 號函在卷可稽」

²⁷ 臺灣基隆地方法院 107 年度基簡字第 1848 號判決：「經查，本案共犯周靜芳係於其夫鄭日治婚姻關係存續中受胎，該胎兒即推定為鄭日治之子女，然鄭日治既已因癱瘓而在照護中心，共犯周靜芳如繼續妊娠，恐有影響其心理健康或家庭生活之虞，應係符合上開優生保健法第 9 條第 1 項第 6 款之要件。」

²⁸ 臺灣高等法院高雄分院 106 年度上訴字第 689 號刑事判決：「查，被告係於與告訴人婚姻關係存續中受胎，該胎兒已推定為告訴人之子女。被告係因與配偶以外之人張益銘通姦而懷孕，被告若將其與張益銘通姦而懷孕之情告知告訴人，勢必影響其家庭生活，是被告之情形係符合上開優生保健法第 9 條第 1 項第 6 款因懷孕或生產，將影響其心理健康或家庭生生活者至明。」。

非因懷孕本身事實所致。

【辯方可能主張】

1. 依據優生保健法第9條第1項第6款之文義，有無「因懷孕或生產影響心理健康」之情事，本非須經「診斷」為必要。按，「懷孕婦女經診斷或證明有下列情事之一，得依其自願，施行人工流產：六、因懷孕或生產，將影響其心理健康或家庭生活者。」，優生保健法第9條第1項第6款定有明文。依其文義，倘「經診斷因懷孕影響心理健康」，固符上開法規所定得施行人工流產之情事，惟若「經證明因懷孕影響心理健康」²⁹，亦當屬之。換言之，懷孕婦女有無心理健康受影響之情形，除可仰賴醫師診斷，在訴訟上尚非不得援引相關證據資料為證明方式，並由法院由法院本於確信自由判斷、依據經驗法則及論理法則形成心證、作成判斷。
2. 本案憑戚紫羽自述，即足認定確有「因懷孕影響心理健康」之情形：
 - (1) 最高法院業已肯認優生保健法之規定係在一定條件之下賦予婦女施行人工流產之權利，無論係謂「選擇除去胎兒之權利」（最高法院92年度台上字第1057號民事判決參照³⁰），或者謂以「對身體內部機能完全之權利」（臺灣臺中地方法院100年度醫字第16號民事判決參照³¹），其意旨均係在於保障懷孕婦女得自主決定繼續或終止妊娠之權利。據此，懷胎婦女本於其自主決定權，以及作為對自我身心狀況最為了解之人（臺灣臺南地方法院94年度自字第2號刑事判決參照³²），自得獨立依其意願決定是否施行人工流產。

²⁹ 最高法院112年度台上字第320號刑事判決：「關於訴訟程序上諸如證據與待證事實之關聯性，或證據有無證據能力等事項，法院為獲得相關訴訟資料所使用之證據方法，則擁有較廣泛之選擇或裁量自由，暨較寬鬆之證據調查程序及證明程度要求，而從自由證明法則即可之見解。」

³⁰ 最高法院92年度台上字第1057號民事判決：「法律即課醫師以『應將實情告知懷孕婦女本人或其配偶，認為有施行人工流產之必要時，應勸其施行人工流產』之義務，於此情形，就另一方面而言，應是給予婦女選擇之權利(自由)，即婦女對其體內未成獨立生命，又患有法規所賦予婦女得中止妊娠之先天性疾病之不健康胎兒，有選擇除去之權利，倘因醫院及相關人員之疏忽，未發現已符合此一情況之事實，並及時告知懷胎婦女，使其依優生保健法第九條第一項，自願施行人工流產，致婦女繼續妊娠，最後生下不正常嬰兒，自屬侵害婦女對本身得決定施行人工流產之權利。」

³¹ 臺灣臺中地方法院100年度醫字第16號民事判決：「本件被告未將原告胎兒患有系爭地中海型貧血之事實告知原告，違反優生保健法第11條第2項規定醫師於『發現有胎兒不正常』時，應將實情告知懷孕婦女本人或其配偶，認為有施行人工流產之必要時，應勸其施行人工流產之義務，致侵害原告得早期決定施行人工流產之權利...，而此種權利其本質上係對身體內部機能完全之權利，為健康權之一種...。」

³² 臺灣臺南地方法院94年度自字第2號刑事判決：「配偶同意權是否得逕解釋為刑法第二百八十九條

戚紫羽自述懷孕已嚴重影響其身心狀況，即應認有優生保健法第9條第1項第6款之情事。

(2) 依據本案事證，戚紫羽業已自述懷孕確有「影響其心理健康之情事」，此觀戚紫羽偵查中自述即足明之。

3. 又戚紫羽「因懷孕影響心理健康」之情事，業經婦產科醫師即本案被告依其專業作成診斷：

(1) 承前所述，懷孕婦女有無優生保健法第9條第1項第6款「因懷孕影響心理健康」之情事，得透過「診斷」予以認定。而前開「診斷」並非限定需由精神科或身心科等專科醫師為之，由婦產科醫師依其專業裁量認定，並以不違反懷孕婦女自身意願即可：

- 我國醫師法規定及實務見解，凡具醫師資格者，均得執行各項醫療業務，至專科醫師制度之規定係為提升醫療品質，對已取得醫師資格而繼續接受臨床專業訓練者，所為之一種專長認定，蓋醫療業務在性質上本為一體，無法嚴格分割，未具該科專科醫師資格之醫師，亦無限制其從事該科專科範圍內之業務（臺灣高等法院97年度醫上字第19號民事判決參照³³）。
- 實則，婦產科專科醫師在醫療實務上也會面對產後憂鬱、更年期躁鬱的患者，本即有足夠專業知識與能力判斷婦女心理健康情況³⁴，益徵本件由戚紫伊作為婦產科醫師並診斷戚紫羽已有

第一項所欲保護之個人法益，非無疑義。觀諸刑法墮胎罪章並未將是否得懷胎婦女配偶同意列為構成要件之一，另懷胎婦女對於選擇繼續懷胎與否，其本身即屬對自我身心狀況最為了解之人，除有堅強之醫學上理由，足認婦女繼續懷胎將有害其生理健康外，否則就此得否實施人工流產構成要件之評估，應尊重懷孕婦女本身之意願……」

³³ 臺灣高等法院97年度醫上字第19號民事判決：「按醫師法規定，凡具醫師資格者，均得執行各項醫療業務；至按醫師法第7條之1第1項規定：『醫師經完成專科醫師訓練，並經中央主管機關甄審合格者，得請領專科醫師證書。』，此專科醫師制度之規定係為提昇醫療品質，對已取得醫師資格而繼續接受臨床專業訓練者，所為之一種專長認定。依現行法律，未具特定科別專科醫師資格之合格醫師從事該專科別醫療業務，尚無違反醫師法相關規定。是以，領有牙醫師證書之牙醫師，其從事植牙之醫療業務，尚無違反醫師法規定」，有行政院衛生署100年8月30日衛署醫字第1000019364號函可憑（見本院卷(二)第139頁）。」臺灣臺北地方法院106年度北醫簡字第1號民事判意同此旨。

³⁴ 例如113年度台灣婦產科醫學會《孕產婦心理健康評估及精神疾患篩檢、轉介、治療研討會》之簡介內文即載有：「在少子化、高危險妊娠增加的時代，孕產婦的照護必須更加到位，了解周產期的心理變化及孕產婦有全面性的精神疾患篩檢就愈加重要，只有早期發現，才能早期治療，避免對孕產婦及其家庭、孩子造成重大且深遠的不良影響，也唯有如此，才能在我們原偏重在身體的產前檢查時，兼顧到心理層面。美國婦產科醫學會（ACOG）也建議孕產期至少要三次篩檢，包括孕前期、孕後期、產後，而且有問題需進一步處理的患者，至少有一、二成，相當的常見，而這些需要幫助的人，常常沒被發現，甚至自己也不知道，導致問題嚴重了才曉得，甚至自殺、傷人才在處理，實際上都太慢了。

「因懷孕影響心理健康」之情事、符合優生保健法第 9 條第 1 項第 6 款之人工流產合法事由，即為已足。

(2) 戚紫羽確有「因懷孕影響心理健康」之情形，業經被告戚紫伊診斷認定（附件三：診療記錄單），故被告戚紫伊為戚紫羽實施人工流產，於法並無不合。

4. 依據本案其他事證，在在足證戚紫羽懷孕確有影響其心理健康之情事：

(1) 依據診療記錄單，戚紫羽除有食慾不良、睡眠不良、面容憔悴、憂慮、心神不寧之情形外，其第一次就診體重為 57 公斤，第二次就診時體重為在 14 日內驟降至 54.5 公斤（附件三），足證其有短期內體重明顯減輕情形，此可能為憂鬱症之臨床表現；

(2) 依據證人金排楠之證述，戚紫羽六、七月之運動表現大幅下滑，有無法專心、肌肉控制不佳等情形（附件十），復參證人艾寧馨之證述，戚紫羽懷孕後，經常哭泣、有失眠、驚醒、食慾不振、頭暈胸悶、喘不過氣等情形（附件十一），亦可能為憂鬱症之臨床表現。

5. 此外，戚紫羽懷孕之事實顯已造成其與張夫泉間之不睦，有下列情事可證（且此揭事實均為社會生活之事實，無須經由任何科別醫師專業判斷），據此，戚紫羽亦得以「懷孕影響家庭生活」為由，依優生保健法第 9 條第 1 項第 6 款請求戚紫伊為其施行人工流產：

(1) 張夫泉未依戚紫羽指示購買事後避孕藥始導致其懷孕（賽題事實第六段、附件二：Line Chat 訊息截圖）；

(2) 戚紫羽與張夫泉透過 Line 訊息討論是否施行人工流產後，戚紫羽拒絕履行同居義務（賽題事實第六段）；

(3) 張夫泉因戚紫羽施行人工流產，向地檢署提出墮胎罪之告發（賽題事實第十段）。

(三) 訴外人戚紫羽是否依優生保健法第 9 條第 2 項「得配偶之同意」？

【爭點說明】

因此產科醫師對常見的精神疾患、篩檢工具、處置方式、轉介管道、用藥選擇及其對懷孕、哺乳的影響，都必須了解及熟悉，才能做到足夠的周產期照顧。讓台灣在生得少的時代，至少要生得好，生得開心些，也唯有身心健康的媽媽，幸福快樂的家庭，我們才有健康長大的下一代，甚至見到他們願意再生下一胎。」（網址：https://www.taog.org.tw/upload/events/20240531161750_events_0.pdf）

優生保健法第 9 條第 2 項規定未成年之懷孕婦女或有配偶之懷孕婦女，依同法第 9 條第 1 項第 6 款實施人工流產者，應得其法定代理人或其配偶之同意。若未得同意，則該次人工流產不符合優生保健法之要件，即難主張為刑法第 21 條「依法令之行為³⁵」或第 22 條「業務上正當行為³⁶」，因此，本件戚紫羽施行人工流產之行為是否已得配偶張夫泉同意，即成為戚紫伊為戚紫羽施行人工流產之行為是否成立墮胎罪之關鍵。

而就本項爭點而言，可再細分為「同意的形式」與「同意的時點」。前者關乎配偶同意權的行使，是否限於「在人工流產同意書上配偶欄位簽名」？後者則著重討論「婚前協議書關於生育計畫之約定能否作為配偶同意之證明」？就婚前協議書關於生育計畫之約定，尚可進一步討論是否有違反公序良俗之疑義、是否因情事變更（簽署婚前協議書後發現戚紫羽卵巢功能早衰）而動搖其同意的效力等。

最後，於法院認定確實未得配偶之同意時，可再討論是否有誤認事實而產生容許構成要件錯誤之情形以及其效果。

【檢方可能主張】

1. 優生保健法第 9 條第 2 項配偶同意有無之認定，應以人工流產同意書上「有無於配偶同意欄位簽名」為限，張夫泉未曾於戚紫羽人工流產同意書之配偶欄位簽名，不能認為有取得張夫泉之同意：

(1) 人工流產同意書上配偶欄位是為供配偶簽名表示同意而設，並專以配偶簽名作為證明是否取得優生保健法第 9 條第 2 項之配偶同意（最高法院 101 年度台上字第 5323 號判決³⁷、臺灣高等法院高

³⁵ 盧映潔，刑法分則新論（修訂十八版），第 552 頁：「若未獲同意而施行人工流產者，自非屬依法令的行為，而不能阻卻違法，故仍夠成本罪。」

³⁶ 最高法院 94 年度台上字第 6463 號判決：「未婚之未成年孕婦，縱符合優生保健法第九條第一項各款情形之一，但未得其法定代理人之同意，猶故意為之施行人工流產者，即不得阻卻違法，依其情節，仍應成立刑法第二百八十九條、第二百九十條之加工墮胎罪或營利加工墮胎罪。」

³⁷ 最高法院 101 年度台上字第 5323 號判決：「上訴人至怡廷婦產科診所施行人工流產所簽立之九十八年六月十六日、同年九月十八日患者同意書二紙，...該患者同意書上之「配偶（法定代理人）」一欄，確為供患者之配偶或法定代理人簽名表示同意而設，...且綜觀該同意書內容，患者及其配偶（或法定代理人）姓名之記載，與上開應注意事項二者間，並不具前後、上下文脈互相補充敘述使文意完整之功能，是該患者與其配偶姓名欄應係供患者與其配偶簽署，以表示認知同意書所載各應注意事項之意，以上訴人一年已三十餘歲，並服務於電機公司之成年人，就此殊難諉為不知，則其明知該配偶欄係供簽署之用，竟未先徵得告訴人同意，逕自簽署告訴人姓名於其上，並持交怡廷婦產科診所人員，以遂其服用藥物終止懷孕之目的，其主觀上有偽造私文書並持以行使之犯意，洵無疑義。」

雄分院 106 年上訴字第 689 號刑事判決參照³⁸），此觀人工流產同意書除記載患者及其配偶姓名之簽署欄位外，尚有「人工流產方式」、「醫師之聲明」、「醫師姓名簽署欄位」、「病人之聲明」、「優生保健法第 9 條第 1 項法規規定（附註一）」、「人工流產風險（附註二）」等（**賽題附件四：人工流產同意書**），益徵該份同意書不僅僅在使配偶受告知有施行人工流產之事實，更在於使配偶能夠在充分知悉前開事項後，與患者共同對施行人工流產之決定行使同意權。

- (2) 況且，對於未成年人實施人工流產之情形，實務上曾認定法定代理人未到場、亦未在同意書上簽名時，即認定為該未成年人施行人工流產時未得法定代理人同意，該情形亦無法透過事後補為追認獲同意（臺灣高等法院臺中分院 101 年度上訴字第 1748 號判決參照³⁹）。對此，優生保健法第 9 條第 2 項既將「配偶同意」與「法定代理人同意」同樣列為依優生保健法第 9 條第 1 項第 6 款施行人工流產之程序要件，則依據前開實務見解，若配偶未到場、未在人工流產同意書上簽名時，亦應認定該施行人工流產之行為欠缺配偶同意，無從透過其他方式追認。

2. 被告引用其他證據，均不足以證明張夫泉確有同意人工流產之事實：

- (1) 按「法律行為，違反強制或禁止之規定者，無效。但其規定並不以之為無效者，不在此限。」、「法律行為，有背於公共秩序或善良風俗者，無效。」民法第 71、72 條定有明文。最高法院 87 年度台上字第 2000 號民事判決明揭：「按權利之拋棄，不得違背法律之強制或禁止規定或公序良俗，否則其拋棄行為無效。」復依我國實務見解，以婚前協議書預先為生育條件或生育事項之約定，似與公

³⁸ 臺灣高等法院高雄分院 106 年上訴字第 689 號刑事判決：「有配偶者依上揭法條第 9 條第 1 項第 6 款施行人工流產者，應得配偶之同意，益徵患者同意書上配偶欄位之署押係配偶行使同意權之意思表示無誤。從而，被告於 103 年 11 月下旬某日在與告訴人婚姻關係存續中懷孕，而該受胎既被推定為告訴人之子女，且被告於 104 年 1 月 12 日施行人工流產時，未經告訴人同意擅自簽署告訴人之署押 2 枚及盜蓋告訴人印文 2 枚，顯已生損害於告訴人灼然。」

³⁹ 臺灣高等法院臺中分院 101 年度上訴字第 1748 號判決：「優生保健法第九條第二項規定未成年人施行人工流產應得其法定代理人之同意，依法條規定，法定代理人之同意乃為事前、當時之同意，並無事後補為追認、同意之問題...是被告在為上開未成年人施行人工流產之時，上開未成年人之法定代理人既未到場，復未在法定代理人之同意書上簽名同意明確，此種事實行為已無事後補為追認、同意之可能...。」

序良俗有違，應屬無效⁴⁰。

- (2) 張夫泉與戚紫羽婚前協議書第五條第(二)項雖約定：「雙方同意在甲方 33 歲、乙方 33 歲前無生育計畫。如乙方於 33 歲前懷孕，甲方同意乙方得依法實施人工流產」，惟該約定事先要求張夫泉概括同意墮胎，無異於令其預先拋棄不同意墮胎之權利，無法考量後續客觀情事或個人主觀意願之變化，而作成完整、知情之同意，此與優生保健法強調保障配偶同意權之意旨有所扞格，難認該約定有效。
- (3) 實則，若將婚前協議書第五條第(二)項約定解釋為優生保健法第 9 條第 2 項之配偶同意，無異於肯認張夫泉無條件同意戚紫羽在 33 歲以前得不限次數地任意終止懷孕、毫無限制地剝奪胎兒生命權，若採此一解釋方法，顯然不符合公共秩序與善良風俗，將抵觸我國法秩序或倫理秩序之基本原則而歸無效，即無用以證明符合優生保健法第 9 條第 2 項配偶同意權要件之可能。
- (4) 縱認為該條約定仍屬有效，張夫泉嗣後所為之意思表示，亦已取代其先前之概括同意：
 - 張夫泉與戚紫羽簽訂婚前協議書第五條第(二)項約定係以二人生育能力正常為前提，此觀二人 Line 對話紀錄，即足明之（附件二）
 - 查雙方於簽署系爭約定二年餘後，始發現戚紫羽有卵巢功能早衰之事實，故張夫泉簽訂婚前協議書時之同意基礎已有重大情事變更。復綜觀雙方 Line 訊息之全文，即可推知張夫泉的真意為「不同意墮胎」；不能逕以「我也很想同意」、「你想怎樣就怎樣」等模糊表示，片面解釋為其同意施行人工流產，否則即屬扭曲當事人之真意。

【辯方可能主張】

⁴⁰ 臺灣桃園地方法院 109 年度重訴字第 250 號民事判決：「就系爭協議書中個別約定之內容（例如第 10 條第 1 項要求男方於女決定不生育時無條件進行結紮手術之約定），是否有違反國家社會一般利益或道德觀念，則非無逐一探究之餘地。」；臺灣高等法院高雄分院 103 年度家上字第 25 號民事判決：「被上訴人並無不與上訴人結婚之意，因屢經協調，上訴人仍堅持先行簽立協議書始辦理結婚登記，始以簡訊表達情緒性用詞，且被上訴人亦無與其他男性逾矩互動之情事，堪予認定。反之，上訴人所擬具之結婚登記協議書，要求以 2 年內未生育小孩即無條件離婚，為兩造辦理結婚登記之條件之一，明顯違反公序良俗，始為兩造無法履行婚約之重大原因。」

1. 優生保健法第9條第2項後段配偶同意有無之認定，不以配偶有無於人工流產同意書上簽名為限：

- (1) 刑法墮胎罪並未將「得配偶同意」列為構成要件之一，而優生保健法第9條第1項亦明定，所有人工流產之施行，不論係基於優生、醫學、倫理、社會等因素之考量，均須依懷孕婦女之自願，始得為之。據此，配偶在內之其他任何人之同意，均不能代替懷孕婦女之自願，至於優生保健法第9條第1項第6款之社會性墮胎情形，固然須額外徵得懷孕婦女配偶同意，惟其僅能視為補充性之要件，否則即有以配偶意願取代懷孕婦女自主之謬誤情形。是以，優生保健法第9條第2項配偶同意有無之認定，不以配偶有無於人工流產同意書簽名為限；換言之，人工流產同意書僅為行政程序措施，倘有其他事實證據得證明配偶同意施行人工流產施行，亦為已足（臺灣高等法院高雄分院93年度上訴字第158號刑事判決⁴¹、臺灣臺南地方法院94年自字第2號刑事判決⁴²、臺灣嘉義地方法院93年度

⁴¹ 臺灣高等法院高雄分院93年度上訴字第158號刑事判決：「懷孕婦女之配偶並非該法所欲保護之對象：(1)婦女係對於選擇繼續懷胎與否，其本身即屬對自我身心狀況最為了解之人，除有堅強之醫學上理由，足認婦女繼續懷胎將有害其生理健康外，否則就此得否實施人工流產構成要件之評估，應尊重懷孕婦女本身之意願，而非認得以他方配偶之同意與否，作為擔保或取代婦女意思決定之機制，縱使現實上懷孕婦女欠缺充分能力以決定是否實施人工流產，則除非其配偶已成為該懷孕婦女之監護人，否則法律為避免違反其對個人自主決定與自我負責之假設，當無可能以配偶之同意權來擔保或取代婦女之意願，若非如此，勢將透過法律而加深婦女在社會中因既有性別不平等結構中所造成之劣勢地位。(2)配偶同意權之目的亦非用以確認人工流產事由，實以孕婦之家庭生活或心理健康是否因懷孕而受有影響，配偶之同意與否並無由較諸孕婦之貼身經驗或專家之判斷更具確信力，縱使為避免孕婦虛構無法繼續懷孕之事由，然仍得由專家進行判斷，評估該等事由是否確然存在或足以影響孕婦之身心，倘配偶有特別之經驗或事由者，自可提供納為專家綜合判斷之參考要素，惟仍不足以取代其專業之判斷。(3)就遺傳利益之保障言之，胎兒係由受精卵發育而成，同時負載父系與母系之基因，在生物學上並無堅強理由足以論證何者之遺傳基因具有較高之貢獻，而值得特予保護。反之，孕婦在享有遺傳利益之際，同時亦為胎兒發育過程中天生之載體，必須承擔懷孕或分娩所造成之心理及生理上之重大風險，其可能因避孕失敗、考量失業經濟問題、身心健康、環境、婚姻和睦、子女教養、個人生涯等諸多原因，形成身心之重大影響；而他方配偶亦可能基於自身利益，罔顧懷孕對婦女身心可能肇生之影響，致使婦女之意願遭受有意的忽略。基於現時科技無法普遍改變生物特徵（人類必須藉由女性懷孕以繁衍後代），僅以配偶一方之同意與否，即足以否決婦女本身面對可能風險之自主意思決定，恐有未洽。(4)此外，關於胎兒權利之保護，僅得藉由法律加以擬制，然胎兒實際上之意思決定實無從推認，從而他方配偶之同意亦無法作為確保胎兒意願之依據。綜上所述，優生保健法第9條雖規定婦女因懷孕或生產將影響其心理健康或家庭生活者，得依其自願施行人工流產，但有配偶者，應得配偶之同意，然此僅為行政程序上之措施，尚無從藉此具體落實為刑法墮胎罪所欲保護之利益。」

⁴² 臺灣臺南地方法院94年自字第2號刑事判決：「觀諸刑法墮胎罪章並未將是否得懷胎婦女配偶同意列為構成要件之一，另懷胎婦女對於選擇繼續懷胎與否，其本身即屬對自我身心狀況最為了解之人，除有堅強之醫學上理由，足認婦女繼續懷胎將有害其生理健康外，否則就此得否實施人工流產構成要件之評估，應尊重懷孕婦女本身之意願，而非認得以他方配偶之同意與否，作為擔保或取代婦女意思決定之機制。另一方面，關於懷胎婦女腹中之胎兒權利之保護，僅得藉由法律加以擬制，然胎兒實際上之意思決定實無從推認，從而他方配偶之同意亦無法作為確保胎兒意願之依據。綜上所述，優生保

簡上字第 97 號判決⁴³)。

(2) 實務見解認為，優生保健法第 9 條第 2 項前段關於法定代理人之同意，並不以書面同意為必要，若有口頭或其他事證得以證實已有同意時，亦符合優生保健法第 9 條第 2 項之規定（臺灣高等法院 90 年度上訴字第 2293 號刑事判決參照⁴⁴），按體系解釋，同款後段之配偶同意亦應同此解⁴⁵。

2. 張夫泉與戚紫羽婚前協議書第五條第(二)項「雙方同意在甲方 33 歲、乙方 33 歲前無生育計畫。如乙方於 33 歲前懷孕，甲方同意乙方得依法實施人工流產」之約定，應認符合優生保健法第 9 條第 2 項配偶同意之要件：

(1) 張夫泉與戚紫羽婚前協議書關於生育事項之約定，並無違反民法

健法第九條雖規定婦女因懷孕或生產將影響其心理健康或家庭生活者，得依其自願施行人工流產，但有配偶者，應得配偶之同意，然此應僅為行政程序上之措施，尚無從據此即認懷孕婦女配偶之同意權為刑法第二百八十九條第一項加工墮胎罪所保護法益之範圍內。是而懷孕婦女未經其配偶同意而囑託他人墮胎，即便懷孕婦女之配偶其同意權因而受有損害，然並不可謂係法律上利益遭受直接之侵害，而視為刑法第二百八十九條第一項之直接被害人。」

⁴³ 臺灣嘉義地方法院 93 年度簡上字第 97 號判決：「考究優生保健法第 9 條第 2 項、第 1 項各款規定而為體系解釋，其所建構之規範為：所有人工流產之施行，不論係基於優生、醫學、倫理、社會等因素之考量，均須依懷孕婦女之自願始得為之；而有配偶之懷孕婦女，自願施行人工流產，並應得配偶同意始可為之者，限於同條第 1 項第 6 款所定「因懷孕或生產將影響其心理健康或家庭生活者」之情形（社會性之墮胎）。……由上開條文之結構，可知該條之規範意旨所注重者，厥為懷孕婦女之自主意願，包括配偶在內之其他任何人之同意，均不能代替懷孕婦女之自願，且無例外。至於額外須徵得懷孕婦女配偶同意者，則僅侷限於社會性墮胎之情形，並祇為補充性之要件。……又設若於相同之情形下，懷孕婦女偽造夫之同意書，不論是獨立肯認施行人工流產之同意書，或醫療法上所要求取具之手術及麻醉同意書，抑兼具上開兩者意旨之同意書，而自願施行社會性之人工流產，夫是否因其名義遭冒用而受有損害？或有受損害之虞？從優生保健法與醫療法均指向於病患或懷孕婦女醫療自主權之規範意旨以觀，徵求同意之對象，主要為病患或懷孕婦女本人，病患或懷孕婦女於自主意識完全之情形下所為之同意，當可排除配偶同意之必要。且因配偶之同意，植基於為病患或懷孕婦女本身利益之取向，故縱使配偶有所謂自認之損害，其主張權利之對象，亦絕非病患或懷孕婦女本身，因此夫即難謂其於優生保健法或醫療法上有若何之法定權益遭受影響。舉輕以明重，本件被告乃因急迫性質之醫學上理由施行人工流產手術，本無需告訴人之同意，實難想像告訴人因系爭同意書之虛偽簽署，遭受任何之不利益。」

⁴⁴ 臺灣高等法院 90 年度上訴字第 2293 號刑事判決：「查被告之辯護人稱：所謂『得法定代理人之同意』並不以書面同意為必要，若有口頭或其他事證得以證實已有同意時，亦符合優生保健法第九條第二項之規定。此固屬的論，惟就『口頭』或『其他事證』證明未成年人之法定代理人確實已同意由被告施行手術，即應依證據法則論之。」（經最高法院 93 年度台上字第 1987 號判決維持）

⁴⁵ 退步言之，如認為無從以優生保健法第 9 條第 2 項前段關於法定代理人之同意不以書面同意為必要之判決推論配偶同意之情形（假設語氣），則檢方以臺灣高等法院臺中分院 101 年度上訴字第 1748 號判決，以未成年人實施人工流產應得法定代理人同意，不得以事後追認方式為之，藉以推論優生保健法第 9 條第 2 項後段配偶同意權之情形，亦無理由，蓋未成年人之行為能力尚有不足，未經法代同意，其思慮可能欠周；惟已婚婦女依法已有完全行為能力，其個人之意思表示並無由配偶加以監護、補正之必要。

上公共秩序及公序良俗之情事：

- 依據最高法院見解，「公序良俗」乃對於當事人間私法自治、契約自由之限制，如非屬經法院判斷該法律行為之成立將有害於基本權重大損害、反於社會性或當事人之一方有在經濟、學識、經驗等處於嚴重劣勢之情形，實無由法院適用民法第 72 條而強令當事人間約定無效之餘地（最高法院 103 年度台上字第 2036 號民事判決參照⁴⁶）。
- 查系爭婚前協議書第五條第(二)項約定之目的在於確保雙方當事人於就婚姻間生育事項之規劃得以實現，進而確保婚姻關係及個人生涯發展之總體規劃，免於遭受因生產、分娩、養育子女而遭受身體上、心理上、健康上、經濟上、乃至社會結構上之重大影響，並藉以創造個人之生活領域，維護其人性尊嚴與人格自由發展；張夫泉基於其自主決定預先同意實施人工流產，即係於現行法秩序（優生保健法第 9 條第 2 項）之要求下，創造其個人生活領域之方法，並無何等與秩序、道理、法則暨社會道德不相容，或悖離社會妥當性、助長反社會行為實現之具體危險之情事。
- 末查，張夫泉與戚紫羽簽訂婚前協議書時，均為具有完全行為能力與意思表示能力之成年人，二人更係年齡相仿、且均以羽球運動為職涯興趣，自無最高法院所述「當事人之一方有在經濟、學識、經驗等處於嚴重劣勢」之情形，遑論戚紫羽身為生理女性及羽球奧運選手，於生理上及社會結構上因懷孕、分娩、養育子女而須承擔之身體、心理、社會經濟結構上之不利

⁴⁶ 最高法院 103 年度台上字第 2036 號民事判決：「民法第七十二條所稱之『法律行為，有背於公共秩序或善良風俗者，無效』，係指法律行為之標的，亦即法律行為之內容（當事人因該法律行為所欲使其發生之事項），與上開秩序、道理、法則暨社會道德不相容，顯然悖離社會之妥當性，或帶有反社會性之動機經表現於外而成為法律行為標的之一部，或與其結合之法律行為，有助長反社會行為實現之具體危險，而為相對人有預見之可能者而言。復以民法關於『公序良俗』之規定，一為對私法自治之限制；他則係重建契約自由與維護憲法基本價值之工具，為落實『公序良俗』所蘊含憲法基本權之意涵，凡法律行為涉及生存等基本權之事項，自須兼顧締約雙方處境之優劣及該基本權是否被重大侵害而反於社會性，始得展現其真正意義。因此，審判法院於透過該『公序良俗』之抽象、概括規定，調整當事人之自治領域，檢視法律行為是否為無效時，除斟酌法律行為之內容、附隨情況、當事人之動機、目的等在該時、空環境下，是否符合首揭秩序、道理、法則、道德觀念及社會妥當性外，尚應就法律行為之內容涉及生存等基本權者，併將當事人之一方是否在經濟、學識、經驗等處於嚴重劣勢？及該法律行為之成立，是否將對其基本權造成重大之損害而反於社會性等其他相關因素考量在內，以綜合判斷之。否則，即難謂有該條所定『法律行為，有背於公共秩序或善良風俗者，無效』之適用。」

益及成本，顯然遠高於張夫泉，更無由在本案就婚前協議書第五條第(二)項為較不利於戚紫羽之解釋。

- 另婚姻係配偶雙方自主形成之永久結合關係（釋字 748 號解釋、釋字第 791 號解釋參照），性質上應屬配偶雙方之契約關係，得由雙方自由且自主地就「是否結婚」暨「與何人結婚」達成合意而成立婚姻契約。且參照民法第 995 條所定「不能人道」之婚姻撤銷事由、民法第 1052 條第 7 款「不治之惡疾」之離婚事由及其相關實務見解等，均肯認生育與否本非婚姻關係之必然要素（釋字 748 號解釋參照），足認婚姻關係之存續亦非以婚姻當事人具備生育能力為必要⁴⁷，準此，生育事項與生育計畫應為婚姻關係雙方得依其契約自由約定，故婚前協議書第五條第(二)項並無違反公共秩序或善良風俗之情事。

(2) 張夫泉與戚紫羽簽訂婚前協議書後固有發現戚紫羽卵巢早衰之情事，惟兩造未曾因此而變更婚前協議書之約定：

- 婚前協議書第六條第(二)項明文約定：「本協議書之變更或廢止，應由雙方另以書面為之。」，據此可知張夫泉與戚紫羽之婚前協議書設有書面變更之機制。然而，張夫泉知悉戚紫羽卵巢功能早衰之事實且縱使經其雙親多次勸說後，仍未曾向戚紫羽提議請求變更婚前協議書第五條第(二)項之約定。

(3) 又婚前協議書第五條第(二)項未曾被法院認定因違反公序良俗而依民法第 72 條無效，亦未曾被法院認定符合民法第 227 條之 2 情事變更而有變更原有效果之情事，俱得為戚紫羽已取得配偶同意之證明，而無餘地由法院透過刑事程序干預戚紫羽與張夫泉間私法行為之效力。

⁴⁷ 無論是民法第 995 條所定「不能人道」之婚姻撤銷事由，抑或是民法第 1052 條第 7 款「不治之惡疾」之離婚事由，均經學說與實務見解一致闡明不包含不育、不娠、無生殖能力或受胎能力之情形。司法院 34 年院解字第 2945 號解釋：「單純之不育或不妊症。不能認為民法第 1052 條第 7 款所稱之惡疾。」；臺灣嘉義地方法院 101 年度婚字第 145 號民事判決：「所謂不能人道，與無法使反訴原告受孕實際上並不相同……反訴被告雖因先天疾病，無法使反訴原告受孕，但現今婚後無法生育子女之夫妻所在多有，如無法生育子女即可構成離婚事由，顯非立法者所樂見，故無法生育，當非民法第 1052 條第 7 款之不治惡疾無疑。」；臺灣高等法院 100 年度家上字第 217 號民事判決：「上訴人主張被上訴人罹有輸卵管阻塞不孕症之事實，固為被上訴人所不爭執，惟被上訴人所罹輸卵管阻塞不孕症，並非前揭最高法院判例意旨所指之『惡疾』……上訴人據以請求准予與被上訴人離婚，於法亦非有據，不應准許。」

3. 縱認為戚紫羽確實未獲配偶同意，戚紫伊主觀上錯誤認為其已獲懷孕婦女配偶之同意而為其實施人工流產，應屬容許構成要件錯誤之情形，應阻卻其犯罪故意：

(1) 最高法院實務見解認為，就阻卻違法事由的錯誤而言，苟行為人誤認有阻卻違法事由的行為情狀存在，應阻卻犯罪故意（主觀構成要件），緩解其罪責；就其行為因過失造成錯誤，於法條有處罰過失行為時，祇論以過失犯；法無過失犯處罰者，不為罪。（最高法院106年度台上字第3989號刑事判決參照⁴⁸）

(2) 本案中，戚紫伊因張夫泉與戚紫羽之婚前協議書，主觀上錯誤認為其已獲懷孕婦女配偶之同意（參附件六：「戚紫伊：我不認為戚紫羽的配偶沒有同意。戚紫羽和張夫泉簽的婚前協議書，已經約定好33歲以前懷孕可以實施人工流產，所以他沒有在人工流產同意書上簽名也沒關係，他早就同意過了。」），進而為其實施人工流產，應屬於容許構成要件錯誤，應阻卻犯罪之故意，又刑法意圖營利加工墮胎罪並無過失犯處罰之規定，是本案應不為罪。

⁴⁸ 最高法院106年度台上字第3989號刑事判決：「(二)行為是否成立犯罪，係以不法與罪責為前提，故行為雖適合於犯罪構成要件之規定，但如欠缺實質的違法性，仍不成罪，故不論學術界或實務界，均普遍承認超法規阻卻違法事由。其中，得被害人承諾或同意，即是一例，於受保護之法益具有可處分性時（例如身體、自由、財產、隱私等），在一定要件下，容許被保護人基於自主決定權，捨棄法律的保護；而犯罪行為，既屬行為人受意思決定與意思活動所主宰支配的人類行止，就有可能發生錯誤或失誤的問題，學理上乃有錯誤理論之發展，並對於不同的錯誤態樣，給予不同的評價。就阻卻違法事由的錯誤而言，苟行為人誤認有阻卻違法事由的行為情狀存在（例如：誤想防衛、誤想避難、誤認得被害人承諾或同意等等）而為防衛、避難、毀損財物、侵害人之身體、自由等行為，依目前實務見解，認應阻卻犯罪故意（主觀構成要件），緩解其罪責；就其行為因過失造成錯誤，於法條有處罰過失行為時，祇論以過失犯；法無過失犯處罰者，不為罪。」

二、被告聲請法院停止本件審判程序，就刑法第 288 條、第 289 條、第 290 條與優生保健法第 9 條第 1 項、優生保健法第 9 條第 2 項關於配偶同意權部分向憲法法庭聲請法規範憲法審查，有無理由？

【摘要】

依據憲法訴訟法第 55 條：「各法院就其審理之案件，對裁判上所應適用之法律位階法規範，依其合理確信，認有牴觸憲法，且於該案件之裁判結果有直接影響者，得聲請憲法法庭為宣告違憲之判決。」本案是由辯方主張相關規定存有違憲疑義，故依前開規定請求法院停止訴訟程序、由法院向憲法法庭聲請違憲審查。本案所適用法規範為刑法第 290 條第 1 項意圖營利加工墮胎罪、優生保健法第 9 條，惟辯方亦依重要關聯性理論，刑法第 288 條⁴⁹、刑法第 289 條⁵⁰亦有牴觸憲法憲法之疑慮，而併同聲請為違憲宣告。

具體而言，目前我國法規對於人工流產之施行限制，略有以下三個面向。若經認定人工流產不合系爭規定之事由限制，則懷胎婦女可能受刑法第 288 條處罰，施行人工流產之婦產科醫師亦可能受刑法第 289 條、第 290 條相繩。

1. 事由限制（優生保健法第 9 條第 1 項⁵¹）
2. 程序限制（優生保健法第 9 條第 2 項⁵²）
3. 時間限制（優生保健法施行細則第 15 條第 1 項本文⁵³）

本項憲法相關爭點，由辯方主張本案所涉相關規定有牴觸憲法疑慮、請求法院停止訴訟並向憲法法庭聲請法規範違憲審查，以此討論刑法墮胎罪（對墮胎之懷胎婦

⁴⁹ 刑法第 288 條：「懷胎婦女服藥或以他法墮胎者，處六月以下有期徒刑、拘役或三千元以下罰金。懷胎婦女聽從他人墮胎者，亦同。因疾病或其他防止生命上危險之必要，而犯前二項之罪者，免除其刑。」

⁵⁰ 刑法第 289 條：「受懷胎婦女之囑託或得其承諾，而使之墮胎者，處二年以下有期徒刑。因而致婦女於死者，處六月以上五年以下有期徒刑。致重傷者，處三年以上有期徒刑。」

⁵¹ 懷孕婦女經診斷或證明有下列情事之一，得依其自願，施行人工流產：

- 一、本人或其配偶患有礙優生之遺傳性、傳染性疾病或精神疾病者。
- 二、本人或其配偶之四親等以內之血親患有礙優生之遺傳性疾者。
- 三、有醫學上理由，足以認定懷孕或分娩有招致生命危險或危害身體或精神健康者。
- 四、有醫學上理由，足以認定胎兒有畸型發育之虞者。
- 五、因被強制性交、誘姦或與依法不得結婚者相姦而受孕者。
- 六、因懷孕或生產，將影響其心理健康或家庭生活者。

⁵² 若為有配偶者，依優生保健法第 9 條第 1 項第 6 款施行人工流產，應得其配偶之同意。

若為未婚之未成年人或受監護或輔助宣告之人，依優生保健法第 9 條第 1 項任一款施行人工流產，應得法定代理人或輔助人之同意。

⁵³ 人工流產應於妊娠 24 週內施行。

雷文攻，解構我國胚胎保護規範體系—發現父母生育自主的地位，臺大法學論叢第 33 卷第 4 期，2004 年 7 月，第 23-24 頁：「」

女、受懷胎婦女囑託或得其承諾而使之墮胎者以刑法相繩)、優生保健法第9條第1項(懷孕婦女須經診斷或證明有法定事由始得施行人工流產)、第2項規定(有配偶之懷胎婦女須得配偶同意始得施行人工流產)是否違反比例原則、平等原則,而有牴觸憲法之疑義?此項爭點設計為系爭規定所涉及的違憲疑慮,鼓勵參賽隊伍從憲法角度思考國家透過法律對懷孕婦女施行人工流產規範限制的正當性,以及在比例原則、平等原則的視角下,如何就胎兒利益維護、懷孕婦女個人基本權保障、國家人口政策、婦產科醫師職業自由等諸多不同面向的公益與私益達成衡平。在上述爭點(基本權利建構、比例原則與平等原則審查)的任何層次,參賽隊伍可能引用大法官解釋、憲法法庭裁判以外,尚可能主張需參考人權公約及其施行法與一般性意見(General Comment)、一般性建議(General Recommendation)作為依據。若參賽隊伍引用上開法源作為依據,應說明該等文件對於我國法院而言,是否為有拘束力之文件、或有何參採價值,或者依相關公約施行法應如何適用⁵⁴。舉例而言,本案所涉及墮胎罪規定與優生保健法第9條牴觸憲法之疑義,參賽隊伍較可能援引人權公約及其施行法與一般性意見(General Comment)、一般性建議(General Recommendation)者,應為以下:

1. 公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約施行法(下稱「兩公

54

【肯定說】

1. 人權公約規定具有內國法律效力。以公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約施行法(下稱「兩公約施行法」)為例,該施行法第2條明文規定:「兩公約所揭示保障人權之規定,具有國內法律之效力。」,另參CRPD施行法第2條(公約所揭示保障身心障礙者人權之規定,具有國內法律之效力。)、CEDAW施行法第2條(公約所揭示保障性別人權及促進性別平等之規定,具有國內法律之效力。)等,亦均有相同之規定,足證前開公約規定業已透過施行法形式、並經立法院三讀通過後,獲得國內法律地位與效力。而兩公約施行法第3條明文規定:「適用兩公約規定,應參照其立法意旨及兩公約人權事務委員會之解釋。」,另參CRPD施行法第3條(適用公約規定之法規及行政措施,應參照公約意旨及聯合國身心障礙者權利委員會對公約之解釋)、CEDAW施行法第3條(適用公約規定之法規及行政措施,應參照公約意旨及聯合國消除對婦女歧視委員會對公約之解釋)等,亦有相同之規定,足證人權公約之一般性意見(General Comment)與一般性建議(General Recommendation)亦屬具有內國法效力之法源依據。最高法院亦肯認經施行法內國法化之權利公約具有內國法效力(最高法院111年度台上字第840號判決)。
2. 司法機關(包含一般法院與憲法法庭)亦應以符合相關公約意旨之方式為之。蓋兩公約施行法第4條明文規定:「各級政府機關行使其職權,應符合兩公約有關人權保障之規定,避免侵害人權,保護人民不受他人侵害,並應積極促進各項人權之實現。」,CRPD施行法第4條(各級政府機關行使其職權,應符合公約有關身心障礙者權利保障之規定,避免侵害身心障礙者權利,保護身心障礙者不受他人侵害,並應積極促進各項身心障礙者權利之實現)、CEDAW施行法第4條(各級政府機關行使其職權,應符合公約有關性別人權保障之規定,消除性別歧視,並積極促進性別平等之實現)等,亦有相同之規定,故法院乃國家行使司法審判權之司法機關,就個案審判時之法規解釋與適用,亦應符合相關公約關於人權保障之意旨。

【否定說】

人權公約雖經內國法化,惟其位階上僅為法律,仍以不牴觸我國憲法為前提,始有適用。是以,系爭規定有無牴觸憲法之疑義,仍應依憲法相關規定為準,不能用人權公約及其解釋依據,逕予認定系爭規定限制基本權利。

約施行法」)：辯方可能援引經濟社會文化權利國際公約 (ICESCR) 關於健康權之規定，用以建構生育自由 (或稱生育權、生育自主權)。

2. 身心障礙者權利公約及其施行法 (下稱「CRPD 施行法」)：辯方可能主張優生保健法若係以「優生」或「提升人口素質」為其目的，有歧視身心障礙者而抵觸 CRPD 公約意旨之嫌。
3. 消除對婦女一切形式歧視公約施行法 (下稱「CEDAW 施行法」)：辯方可能援引 CEDAW 及其一般性建議建構女性生育自主權，亦可能主張墮胎罪、優生保健法第 9 條第 1 項列舉人工流產事由、優生保健法第 9 條第 2 項配偶同意權構成性別歧視，不符公約所揭示保障性別人權及促進性別平等之規定。

(一) 刑法墮胎罪規定與優生保健法第 9 條第 1 項、第 2 項規定，是否侵害憲法上人格權、個人身體自主權、隱私權、健康權或其他憲法上權利？

【爭點說明】

為使辯論聚焦，賽題爭點已預先特定受侵害之憲法上基本權為人格權、個人身體自主權、隱私權與健康權，惟參賽隊伍亦得依憲法第 22 條嘗試建構未經憲法明文規定且尚未經大法官或憲法法庭揭櫫為重要基本權之其他權利 (例如：生育自主權、生育權、人工流產(決定)權、墮胎權、婦女自主權)。

【辯方可能主張】

1. 釋字 791 號解釋明確揭示個人自主決定權屬憲法第 22 條所保障之重要基本權⁵⁵，人工流產施行與否之決定，應受個人自主決定權之保障⁵⁶。系爭規定限制個人對於人工流產施行之決定，業已侵害個人於憲法上應受保障之個人自主決定權⁵⁷。
2. 人格權作為個人人格的基礎，保障「特定人之身分、資格及能力，暨以

⁵⁵ 釋字 791 號解釋：「隨著社會自由化與多元化之發展，參諸當代民主國家婚姻法制之主要發展趨勢，婚姻關係中個人人格自主 (包括性自主權) 之重要性，已更加受到肯定與重視，而婚姻所承載之社會功能則趨於相對化。」

⁵⁶ 許志雄大法官於釋字第 791 號解釋之協同意見書：「自主決定權之內容大致包含下列四類：一、關於自己之生命、身體處分事項...；二、關於生育事項 (如避孕、妊娠、生產、墮胎) ...」

⁵⁷ 王皇玉，墮胎罪同意問題之研究——兼評「生育保健法」草案關於人工流產相關規定，月旦法學雜誌第 162 期，2008 年 11 月，第 42 頁：「從現行刑法規範來看，懷孕婦女對於自己腹中胎兒的生命，並沒有處分與支配的權利與自由。換一個方式來說，國家以保護潛在胎兒生命的利益為由，透過刑法規範宣示著這樣的訊息；婦女一旦懷孕，不管胎兒成長至何種階段，懷胎婦女都不再享有主宰自己身體的權利。」

此所衍生出之諸多與人不可分離之社會利益」，乃不可或缺之基本權利，而為憲法第 22 條所保障之基本人權（釋字第 399 號、第 587 號、第 603 號及第 664 號解釋、憲法法庭 111 年憲判字第 4 號判決參照）。系爭規定限制個人對於人工流產施行之決定，迫使希望終止妊娠之懷孕婦女承擔生育責任，致影響其個人發展活動及強迫履行母職，業已侵害人格權。

3. 人民之**健康權**為憲法第 22 條所保障之基本權利（釋字第 753 號、第 767 號、第 785 號解釋參照），除「保障人民生理及心理機能之完整性不受任意侵害」以外，尚可衍生關於「**性及生育自由(sexual and reproductive freedom)**」之保障，維護個人掌握自己健康及身體而不受干擾之權利（ICESCR 第 12 條、第 14 號一般性意見參照⁵⁸）。系爭規定限制個人對於人工流產施行之決定，使個人關於是否繼續懷孕之自由受國家刑罰侵擾、無法由個人決定，應屬對個人健康權之限制。
4. **隱私權**保障個人生活私密領域免於他人侵擾，亦保障人民得自主決定是否揭露其個人資料、及在何種範圍內、於何時、以何種方式、向何人揭露之決定權（釋字第 603 號解釋、憲法法庭 111 年憲判字第 13 號判決及 111 年憲判字第 16 號判決參照）。系爭規定強制懷孕婦女須揭露人工流產之原因始能豁免於國家刑罰相繩，應屬對個人隱私權之限制。
5. 基於**婦女身體自主權**⁵⁹、**生育權**⁶⁰之保障，懷孕婦女得享有自主決定是否施行人工流產之權利，系爭規定限制婦女對於人工流產施行之自主決定權，業已構成基本權利之侵害，此有比較法例與國際人權法相關實踐可資參照：

(1) 愛爾蘭經公投修憲，於 2018 年將「把胎兒生命權與母生命權同等視之」之憲法條文刪除。法國亦於 2024 年 3 月 4 日，由國會決議於新增憲法第 34 條規定：「婦女行使自願終止妊娠自由 (liberté

⁵⁸ ICESCR 第 14 號一般性意見第 8 段：「享有健康權，不應理解為身體健康之權利。健康權既包括自由，亦包括權利。自由包括掌握自己健康及身體之權利，包括性及生育自由(sexual and reproductive freedom)，以及不受干擾之權利」；

⁵⁹ 官曉薇，**溝通行動與立法言談——台灣人工流產法制之立法及修法歷程分析**，中研院法學期刊第六期，2010 年 3 月，第 111 頁：「以本研究的實證結果來看，台灣人工流產法爭議中的婦女權利（法概念）是以身體自主權的概念被描述以及理解的，與德國法上的自主決定權概念或是美國法上的隱私權概念皆有不同……」

⁶⁰ 吳佳樺，重返釋字第 701 號解釋，月旦裁判時報第 103 期，2021 年 1 月，第 79 頁；吳秀玲，國家干預「生育自主權」之正當性與倫理議題，月旦醫事法報告第 83 期，2023 年 9 月，第 13、21 頁

garantie) 之相關條件應以法律規定之。」⁶¹

- (2) 韓國憲法法院亦於 2019 年 4 月 11 日作成判決，認定韓國刑法第 269 條（墮胎罪）、第 270 條（醫師等加工墮胎罪、未經同意墮胎罪⁶²）違憲。該判決更明文肯認：「懷孕女性是否繼續懷孕並分娩之決定，涉及其自由創造個人生活領域之權利，乃植基於其人性尊嚴及自主權。我們亦肯認到懷孕女性因此一決定而經歷的身體、心理、社會和經濟後果，這些後果因女性的身體、心理、社會和經濟情況而變得複雜而多樣。基於這些原因，我們得出結論，懷孕女性是否繼續或終止懷孕的決定，反映了她對自身身體、心理、社會和經濟情況的深刻考量，並基於其自身所選擇的生活和社會觀點所做出的整體性決定，此一決定對其個人尊嚴至關重要⁶³。」，並據此

⁶¹ 法國於 1975 年即頒佈韋依法 (La loi Veil)，將女性自願性終止妊娠合法化，此法並於 1979 年正式永久施行。然而，於 2022 年 6 月 24 日美國聯邦最高法院作成 Dobbs v. Jackson Women's Health Organization 之判決後，引發法國輿論關注，法國國民議會議員隨後提出修憲提案，將墮胎權正式寫入法國憲法。於 2024 年 3 月 4 日，法國國會決議於 1958 年憲法第 34 條新增以下規定：「婦女行使自願終止妊娠自由 (liberté garantie) 之相關條件應以法律規定之。」(原文：La loi détermine les conditions dans lesquelles s'exerce la liberté garantie à la femme d'avoir recours à une interruption volontaire de grossesse.；英文翻譯："the law determines the conditions by which is exercised the freedom of women to have recourse to an abortion, which is guaranteed")，成為全世界首個明文保障「女性終止妊娠之自由」的憲法。

⁶² **Criminal Act, Act No. 293, Sept. 18, 1953, arts. 269–270, amended by Act No. 5057, Dec. 29, 1995. 韓國刑法第 269 條（墮胎罪）**：「(1) 女性通過使用藥物或其他手段自行墮胎者，處以一年以下有期徒刑或二百萬韓元以下的罰款。」(Criminal Act (amended by Act No. 5057 on December 29, 1995) Article 269 (Abortion): "(1) A woman who procures her own miscarriage through the use of drugs or other means shall be punished by imprisonment for not more than one year or by a fine not exceeding two million won.")；**韓國刑法第 270 條（醫師等加工墮胎罪、未經同意墮胎罪）**：「(1) 醫師、中(韓)醫師、助產士、藥劑師或藥商應女性要求或經其同意進行墮胎者，處以二年以下有期徒刑。」(Criminal Act (amended by Act No. 5057 on December 29, 1995) Article 270 (Abortion by Doctor, etc., Abortion without Consent): "(1) A doctor, herb doctor, midwife, pharmacist, or druggist who procures the miscarriage of a woman upon her request or with her consent, shall be punished by imprisonment for not more than two years.")

⁶³ **2017 Hun-Ba127 (Const. Ct., Apr. 11, 2019)**. 韓國憲法法院判決理由如下：「女性於約十個月的懷孕期間將經歷劇烈的身體和情感變化。於分娩過程中，她承受極大的痛苦，於極端情況下甚至面臨死亡的風險。一旦懷孕，她就必須忍受這些身體負擔，以及分娩的焦慮、痛苦及死亡風險。於我們的法律體系下，母子關係是通過分娩這一客觀且積極的事實來確立的……。通過分娩，她確立了母子之間的法律關係，並因此作為生物學上的母親承擔父母的責任。育兒需要母親近 20 年的持續身體、心理及情感上的努力。此外，在諸多廣泛而不同的社會經濟情況下，這可能會給她帶來相當大的財務負擔，以及在維持專業或公共生活乃至於繼續受教育方面的困難。這些育兒之負擔更因性別歧視之習俗、父權文化及不利的育兒條件等社會問題而進一步加劇。在我們的社會中，女性因懷孕或分娩而仍然遭受相當大的社會經濟劣勢；在許多情況下，她們承擔了比男性更多的親職責任。因此，她們經常在工作和家庭生活之間遇到相當大的困難。面對這些困難，一些女性辭去工作，從而被排除在社會經濟生活之外。根據韓國統計局的數據，截至 2018 年，因婚姻、懷孕和分娩、育兒、子女教育或家庭照顧而經歷職業中斷的已婚女性的就業率按年齡分佈如下：15-29 歲 (2.9%)，30-39 歲 (26.5%)，40-49 歲 (46.7%)，50-54 歲 (23.9%)。基於上述，我們肯認到懷孕、生育和育兒可能是根本性及決定性地影響女性生活的最重要事項之一。因此，懷孕女性是否繼續懷孕並分娩之決定，涉及其自由創造個人生活領域之權利，乃植基於其人性尊嚴及自主權。我們亦肯認到懷孕女性因此一決定而經歷的身體、心理、社會和

宣告前開規定違憲。

(3) 美國聯邦最高法院固然在 2022 年以多布斯訴傑克森女性健康組織案 (Dobbs v. Jackson Women's Health Organization) 推翻羅訴韋德案 (Roe v. Wade) 與凱西案 (Casey) 對墮胎權之憲法保障，惟僅係取消聯邦層級人工流產權、交由各州自行決定⁶⁴。實則，美國迄今共有 11 個州的最高法院曾於州憲法層次肯認墮胎權。在美國聯邦最高法院作成 Dobbs 一案判決後，北達科他州最高法院⁶⁵、奧克拉荷馬州法院⁶⁶，均基於州憲法所保障之固有權利及正當法律程序條款等角度出發，肯認婦女墮胎權。

(4) ICESCR 第 12 條健康權⁶⁷所衍生保障之「生育健康權利」，此外，CEDAW 公約第 16 條關於「婦女有權決定子女的人數和生育間隔⁶⁸」等文字，顯示婦女享有不生育之權利，亦得在懷孕後選擇終止妊娠。

6. 此外，刑法第 290 條意圖營利加工墮胎罪所處罰者，多為婦產科醫師，構成對其工作權、營業自由等基本權利之限制。蓋按，憲法第 15 條明定人民之工作權、財產權應受保障，營業自由亦經大法官肯認為工作權、財產權之保障內涵，保障人民得自由選擇從事一定營業、從事營業之對象與方式（釋字第 514、778、802 號解釋參照）。婦產科醫師基於其醫

經濟後果，這些後果因女性的身體、心理、社會和經濟情況而變得複雜而多樣。基於這些原因，我們得出結論，懷孕女性是否繼續或終止懷孕的決定，反映了她對自身身體、心理、社會和經濟情況的深刻考量，並基於其自身所選擇的生活和社會觀點所做出的整體性決定，此一決定對其個人尊嚴至關重要。」

⁶⁴ 李柏翰、張竹芬，被偷走的人工流產自由：「多布斯訴傑克森女性健康組織案」之國際人權法律評析，醫藥、科技與法律第 28 卷第 1 期，2023 年 4 月，第 106 頁。

⁶⁵ Wrigley v. Romanick, 988 N.W.2d 231 (N.D. 2023)

⁶⁶ Oklahoma Call for Reproductive Justice v. Drummond, 526 P.3d 1123 (Okla. 2023); Oklahoma Call for Reproductive Justice v. State, 531 P.3d 117 (Okla. 2023); Oklahoma Call for Reproductive Justice v. Drummond, No. 2023 OK 111, 2023 WL 7511720 (Okla. Nov. 14, 2023)

⁶⁷ ICESCR 第 22 號一般性意見（關於性健康和生育健康權利）第 1 段：「性健康和生育健康權利是《經濟社會文化權利國際公約》第十二條所載健康權不可或缺的一部分。」、第 5 段：「性健康和生育健康權包含一系列自由和權利。這些自由包括在不遭受暴力、脅迫和歧視的情況下，在涉及個人身體、性健康和生育健康的事項上，有權做出自由和負責任的決定和選擇。這些權利則包括不受阻礙地獲得各種醫療設施、物資、服務和資訊，確保所有人依據《公約》第十二條充分享有性健康和生育健康權。」、第 6 段：「生育健康是指生育的能力以及作出知情、自由及負責任決定的自由。還包括獲得各種生育健康資訊、物資、設施及服務的機會，使個人能夠對自己的生育行為作出知情、自由及負責任的決定。」

⁶⁸ CEDAW 第 21 號一般性建議第 21 段：「婦女必須承擔生育和哺養子女的責任，此影響其接受教育、就業以及其他與個人發展有關的活動，且為婦女帶來不平等的工作負擔。子女的人數和生育間隔對婦女的生活也會產生同樣影響，並影響她們及其子女的身心健康。因此婦女有權決定子女的人數和生育間隔。」

師資格與專業判斷，為懷孕婦女施行人工流產，卻遭國家發動刑罰權相繩，構成對其工作權與營業自由之限制。

7. 又墮胎權（人工流產權）之權利構框，應本於落實憲法增修條文第 10 條第 6 項「維護婦女之人格尊嚴」與 CEDAW 公約「保障性別人權及促進性別平等」之憲法與人權法誠命，將女性因先天生理結構差異致為負有生育功能之一方，導致其在歷史脈絡、社會結構下長期被直接或間接視為背負生育責任之一方，而因此在經濟、文化、社會層面處於劣勢之不平等待入考量⁶⁹。

【檢方可能主張】

1. 人格權、個人身體自主權、隱私權與健康權固為憲法基本權，惟刑法墮胎罪規定與優生保健法第 9 條第 1 項、第 2 項規定，對前開基本權所設限制並無違反比例原則與比例原則（詳後述），更屬維護胎兒利益所必要。至過去大法官釋字或憲法法庭裁判，未曾肯認我國憲法有保障生育自主權、生育權、人工流產（決定）權或墮胎權。
2. 外國立法例如愛爾蘭⁷⁰、法國⁷¹等，雖屬在法律制度上明文承認墮胎權之實例，惟均係透過公民投票或修憲等方式為之，而非透過司法造法之方式為之。由此足徵我國未經公投或修憲前，無從仰賴司法權透過解釋

⁶⁹ 關於墮胎權在平等權之下相關論述，可參考陳昭如，打造墮胎權——解嚴前墮胎合法化的婦運法律動員與權利構框，中研院法學期刊第 15 期，2014 年 9 月，第 64 頁：「強調自由選擇的隱私權所著重的是國家不加干涉，但當時新女性主義運動所要求的不僅於此：爭取權利不只是要對抗國家不當的干預與控制，也要對抗父權家族主義，並要求積極實現生育自主的條件。選擇權的論述顯然不足以涵蓋這些理念，而自由選擇的條件在今日也仍未完全實現。如果過去所曾走過的路不應成為未來路途的限制，那麼，我們就應該審慎考慮能夠適當對抗在地當下強迫生育困境的新權利構框。如果選擇權能夠達到生育自主的結果，那是因為可以自由選擇的平等的條件已然存在。既然進行選擇的平等條件並非既存的現實，那麼生育自主權的核心價值就應該是平等。反強迫生育的平等權不只是對當下女性處境的回應，也可以連結過去新女性主義運動的倡議主張。在這個意義上，採用平等權作為墮胎權的權利基礎不只在理論與實踐上更為適當，更可以連結過去與現在的婦運對強迫生育的反省。」

⁷⁰ 愛爾蘭為傳統天主教國家，於 2013 年以前全面禁止墮胎，愛爾蘭婦女僅能出國墮胎。2013 年以後，愛爾蘭雖開放在部分條件下得墮胎，但過於嚴苛，婦女僅在有生命危險時，方可能合法墮胎。2018 年公投後，愛爾蘭修改憲法而將「把胎兒生命權與母生命權同等視之」的憲法條文刪除。自此，愛爾蘭雖未廢止墮胎罪（仍可能有 14 年以下的有期徒刑），但已將合法墮胎之條件放寬。

⁷¹ 法國於 1975 年即頒佈韋依法（La loi Veil），將女性自願性終止妊娠合法化，此法並於 1979 年正式永久施行。然而，於 2022 年 6 月 24 日美國聯邦最高法院作成 Dobbs v. Jackson Women's Health Organization 之判決後，引發法國輿論關注，法國國民議會議員隨後提出修憲提案，將墮胎權正式寫入法國憲法。於 2024 年 3 月 4 日，法國國會決議於 1958 年憲法第 34 條新增以下規定：「婦女行使自願終止妊娠自由（liberté garantie）之相關條件應以法律規定之。」（原文：La loi détermine les conditions dans lesquelles s'exerce la liberté garantie à la femme d'avoir recours à une interruption volontaire de grossesse.；英文翻譯："the law determines the conditions by which is exercised the freedom of women to have recourse to an abortion, which is guaranteed"），成為全世界首個明文保障「女性終止妊娠之自由」的憲法。

與適用之方式，肯認墮胎權為憲法上基本權。

3. 美國聯邦最高法院 2022 年多布斯訴傑克森女性健康組織案 (Dobbs v. Jackson Women's Health Organization) 揭示美國憲法並無保障墮胎權或人工流產權之意旨，可為我國憲法解釋與適用之參考。美國聯邦最高法院在該案中宣告「憲法並未賦予墮胎權，法院爰宣告不再適用羅訴韋德案與凱西案，並且將對墮胎事務之監管權歸還給人民及其民選代表」。
4. 至 CEDAW 國際審查委員會固然肯認婦女自主性與完整性，並建議將刑法墮胎罪以除罪化，惟我國刑法並非處罰任何墮胎行為⁷²，涉及墮胎與人工流產合法性判斷之法規範，亦均符合憲法比例原則與平等原則（詳後述）。

(二) 刑法墮胎罪規定與優生保健法第 9 條第 1 項、第 2 項規定限制墮胎之保護法益、立法目的為何？是否違反憲法第 23 條比例原則？

【爭點說明】

刑法第二十四章墮胎罪在立罪之初，原先似係以保護公益、維持風俗為目的⁷³，而與胎兒利益的保障無關。惟隨著法制發展及社會變遷，目前實務與學說見解似已達成共識，認為墮胎罪章之保護法益為「胎兒成長中的生命⁷⁴」。

⁷² CEDAW 第四次國家報告行動回應表，法務部檢察司：「刑法第 288 條墮胎罪係處罰不合法之墮胎，並非處罰所有墮胎行為，且墮胎罪係保護特定法益不受侵害之合憲禁止規範，未違反 CEDAW 公約，本條第 1 項、第 2 項仍有保留之必要。」

⁷³ **刑法第 288 條規定立法理由**：「暫行新刑律第三百三十二條補箋謂墮胎之說不一，有主張胎兒殺死說者，僅令早產，而胎兒猶生，非墮胎（本係死胎而墮之亦同）。有主張人為早產說者，不問胎兒之生死，凡未至自然分娩時期，以人為令其早產者，即為墮胎。揆之法理，墮胎之必罰，所以維持風俗，保全公益，前說失之隘，宜以後說為是。」；**法務部 (75) 法檢 (二) 字第 1013 號函釋**：「法務部檢察司研究意見：按墮胎之為必罰，乃係為維持風俗，保全公益而設（參見刑法第二百八十八條立法理由）；另司法院院字第三五〇號解釋亦認為：『墮胎罪以公共法益為重，自不發生自訴問題』，故懷胎婦女自行墮胎，其配偶對該婦女應無告訴權。以乙說為當。」；**司法院大法官釋字第 350 號解釋**：「墮胎罪以公共法益為重，自不發生自訴問題。」

⁷⁴ **林山田，刑法各罪論（上冊），修訂五版，第 113 頁**：「墮胎罪的保護客體乃是母體內成長中的胎兒，故墮胎罪所要保護的是胎兒的生命。由於墮胎罪的保護，而使胎兒在母體內得以自然成長，直至成熟之時，出生為人。因為墮胎行為往往也會引致懷胎婦女重傷或死亡的結果，故墮胎罪的條款中，也有以懷胎婦女生命與身體健康作為保護法益者，但是就墮胎罪的本質而言，主要的法益乃是胎兒的生命，殆無疑義。」；**盧映潔，刑法分則新論（修訂十八版），第 549-550 頁**：「墮胎罪章的保護法益乃在於胎兒的生命。...本罪的保護客體乃是母體內成長中的胎兒，故墮胎罪所要保護的法益主要在於胎兒成長中的生命，雖然墮胎行為往往也會引致懷胎婦女重傷或死亡的結果，但本罪的保護客體主要是在於胎兒，懷胎婦女的生命與身體健康僅是次要的保護。」；**甘添貴，刑法各論上（修訂五版），第 69 頁**：「墮胎罪之保護法益何在？學者意見不一.....胎兒為成長中之生命，自精卵受精後十四日起，即有獨立於母體之新生命存在。人之生命，既受刑法之保護；胎兒為成長中之生命，其與人之生命並無須臾中斷，亦應同受刑法之保護；...本罪之保護法益，應為胎兒之生命法益；至懷胎婦女之生命與身體安全，僅其次要之保護法益而已。」**褚劍鴻，刑法分則釋論四次增訂本（下冊），2006 年 4 月，第**

至於優生保健法第 9 條例外准許合法人工流產相關規定之立法目的，係模糊記載「為提高人口素質，減少家庭及社會之嚴重問題暨維護母子之健康，有條件之下，應允許懷孕婦女施行合理之人工流產。茲為期執行有所準據，爰本左列原則，明定懷孕婦女施行人工流產應具備之條件。」，惟並未逐一說明「提高人口素質⁷⁵」、「減少家庭及社會之嚴重問題」、「維護母子健康」等目的，究應如何與優生保健法第 9 條第 1 項各款事由或第 2 項配偶同意權規定相互勾稽，從而具有較寬泛的解釋空間⁷⁶。

關於比例原則審查，參賽隊伍應先說明所主張採取審查標準為何（嚴格審查、中度審查或寬鬆審查）及其理由，再進一步就個別法規範立法目的與手段，檢視其目的是否具備正當性（目的正當性原則）、手段能否達成其所追求之目的（適當性原則）、是否存在其他同等有效但侵害較小之手段（必要性原則）、所採取手段之侵害與所欲達成之目的是否相稱（衡平性原則）。

【辯方可能主張】

1. 刑法第 288 條、第 289 條、第 290 條與優生保健法第 9 條第 1 項違反憲法第 23 條比例原則

(1) 本案應採取嚴格審查標準：嚴格審查標準僅在「法規範限制之目的

989 頁：「關於墮胎罪保護之法益。在立法例約可歸納為三種：(一)危害胎兒說，主張墮胎罪所保護者，為胎兒之生命法益，凡足以危害胎兒之生命，如使胎兒早產，或將胎兒殺死於母體內，均足成立墮胎罪。(二)危害懷胎婦女說，主張墮胎所保護者，為懷胎婦女之生命身體法益，即墮胎足使懷胎婦女之生命身體發生危險，即足成立墮胎罪。(三)危害胎兒與懷胎婦女說，即合(一)(二)兩說，墮胎所保護者，為胎兒與懷胎婦女二者法益。上述三說，就保護懷胎婦女而言，凡傷害或致懷胎婦女於死，刑法原有傷害與殺人罪之規定，可予保護之，無另設墮胎罪之必要，且一般立法例對於懷胎婦女自行墮胎者，亦有處罰之規定，更足說明墮胎罪所保護之法益，非屬懷胎婦女，而係胎兒，故以第一說為當。」

⁷⁵ 官曉薇，溝通行動與立法言談—臺灣人工流產法制之立法及修法歷程分析，中研院法學期刊第 6 期，2010 年 3 月，第 82-83 頁：「台灣人工流產合法化的最大動力，是政府進行人口控制的政策需求。自 1950 年代起，當人口控制被形塑成國家是否強盛的指標之後，避孕及生殖被視為是人口政策下重要的一環。從 1960 年代政府開始大力推行家庭計劃之後，人工流產是被放在人口政策及家庭計劃的政策脈絡下來思考的。在 1969 年行政院公佈的「中華民國人口政策綱領」中，首次讓醫療治療必要、遺傳學必要的人工流產鬆綁。從這裡可以看出，台灣人工流產的合法化，是在國家「人口品質之提高、人口合理成長」的考量下來推動的。」

⁷⁶ 對此，早期學說認為國家人口政策、優生學得以作為例外允許合法人工流產的正當目的，近期見解則認為「優生」有歧視身心障礙者疑義，轉為強調優生保健法之規定係為「保護母子健康」、「增進家庭幸福」。褚劍鴻，刑法分則釋論四次增訂本（下冊），2006 年 4 月，第 989 頁：「近世紀來，因人口之膨脹，而國家資源生產無法比例增加，影響人民生活之改善與國力之增強，因之有限制人口擴張之政策產生，如政府對於人民繳稅之寬減，對其扶養子女之人數，或予子女之生活教育補助，予以一定人數之限制。更基於優生學，使子女均能獲良好之教養……至父母具有遺傳性或不良之疾病，為維持民族之優秀，亦必須予以生育之限制。」；吳秀玲，國家干預「生育自主權」之正當性與倫理議題，月旦醫事法報告第 83 期，2023 年 9 月，第 19 頁。

應係為保護特別重要公益、手段應適合且必要，別無侵害較小之其他替代手段，並應通過狹義比例原則」時，始謂符合憲法第 23 條比例原則。而就受憲法高度保障之重要基本權之限制者，應採嚴格標準予以審查（憲法法庭 111 年憲判字第 4 號判決意旨參照）。系爭規定涉及個人對於自己身體與生殖能力控制，與其人格健全發展與人性尊嚴維護密切相關，對該等權利之相關限制，應採取嚴格審查標準。換言之，系爭規定所涉自主決定權、隱私權與人格權等，均個別經憲法法庭肯認為我國憲法高度保障之重要基本權（釋字第 791 號解釋、憲法法庭 111 年憲判字第 4 號判決、憲法法庭 111 年憲判字第 13 號判決意旨參照），遑論系爭規定為侵害複數基本權之情形，更應提高審查標準（釋字第 806 號解釋參照⁷⁷），以維護憲法保障人民基本權之意旨。

(2) 刑法第 288 條、第 289 條、第 290 條規定與優生保健法第 9 條第 1 項並非為保護特別重要公益，欠缺目的正當性：

— 若認刑法第 288 條、第 289 條、第 290 條規定之目的為「維護胎兒生命法益⁷⁸」，仍不因此使該等規定自動合憲，而應依比例原則予以檢視（詳後述）；若認刑法第 288 條、第 289 條、第 290 條規定之保護法益為「維持風俗之公共利益⁷⁹」，惟抽象善良風俗尚無從作為憲法上之正當目的⁸⁰，況經社會變遷及醫學技術進步，人工流產已非社會或文化風俗所不能接受

⁷⁷ 吳信華，基本權利之競合及其合憲性審查的判斷——以釋字第 806 號解釋為說明，月旦裁判時報第 138 期，2023 年 12 月，第 136 頁。

⁷⁸ 辯方亦可主張，縱為「生命權」，憲法法庭尚認定生命權非受絕對保障，遑論出生前胎兒與一般人之生命型態尚有差異。**憲法法庭 113 年度判字第 8 號判決**：「國家法律是否應容許女性得終止懷孕（或稱墮胎）而結束胎兒生命，或容許人民因疾病等因素而得以自願或在他人協助下提前結束生命（如安樂死）等，亦為現代國家所面臨之困難問題，不僅涉及醫學科技之進展，亦與人類社會之價值演進有關，而容有權衡之空間。自難僅以生命權為依據，即得出應絕對禁止墮胎或安樂死之結論。是於我國憲法下，生命權固屬最重要之憲法權利，然其保障仍有例外，而非絕對不可侵犯之權利。」（第 62 段參照）

⁷⁹ **刑法第 288 條立法理由**：「暫行新刑律第三百三十二條補箋謂墮胎之說不一，有主張胎兒殺死說者，僅令早產，而胎兒猶生，非墮胎（本係死胎而墮之亦同）。有主張人為早產說者，不問胎兒之生死，凡未至自然分娩時期，以人為令其早產者，即為墮胎。揆之法理，墮胎之必罰，所以維持風俗，保全公益，前說失之隘，宜以後說為是」；**司法院釋字第 350 號解釋**：「墮胎罪以公共法益為重，自不發生自訴問題」

⁸⁰ 許宗力大法官於釋字第 666 號解釋提出之協同意見書：「抽象善良風俗不應遽認為合憲之重要立法目的...透過時間空間的距離，我們很容易看出上述所謂『善良風俗』的內涵，是如何侵犯人們核心的自主權利、蔑視期平等的尊嚴，根本不得為憲法上之正當立法目的。」。

⁸¹，該立法目的於今時今日已欠缺正當性，並非特別重要公益。

- 優生保健法第 9 條第 1 項第 1 款、第 2 款、第 4 款所列事由「本人或其配偶患有礙優生之遺傳性、傳染性疾病或精神疾病」、「本人或其配偶之四親等以內之血親患有礙優生之遺傳性疾病」、「有醫學上理由，足以認定胎兒有畸型發育之虞」之情形，此與「提高人口素質」，均有歧視身心障礙者之違憲疑慮，並非特別重要公益，亦不合目的正當性之要求⁸²。

(3) 刑法第 288 條、第 289 條、第 290 條規定與優生保健法第 9 條第 1 項不符「適當性原則」：

- 退步言之，縱然肯認刑法第 288 條、第 289 條、第 290 條規定之保護法益為「維護胎兒生命法益」、且該保護法益具有目的正當性（假設語氣），現行法雖以刑事手段處罰施行人工流產手術之懷孕婦女與婦產科醫師，惟近年人工流產手術已成常規醫療行為之一部份⁸³，因墮胎罪遭起訴、成罪之被告亦僅有極少數案例⁸⁴，足證刑法第 288 條、第 289 條、第 290 條規定不具備嚇阻力，仍無法達成「維護胎兒生命法益」之目的，難認符合「適當性原則」。
- 設若優生保健法第 9 條第 1 項限制人工流產施行事由，係為「保護母子健康」，惟限制懷孕婦女僅限在有法定事由時始能施行人工流產，對其心理健康並無助益，從而無法達成保護母

⁸¹ CEDAW 第 3 次國家報告結論性意見與建議之回應表 108 年辦理情形(主題二：性別友善健康環境)：第 60 至 61 點，106 年人工流產數推估數約為 6 萬至 7 萬人次之間。惟非治療需要之人工流產範圍(如優生保健法第 9 條第 1 項第 5 款及第 6 款)，無相關數據；CEDAW 第 4 次國家報告專要文件(2022.03.)：現行我國人工流產方法係以施行手術與藥物 RU486 為主，依「健保特約醫療院所申報之人工流產醫令案件」統計，2018 年至 2020 年每年約近 3 萬人次施行人工流產手術；又依食品藥物管理署之 RU486 調劑總量申報資料，每年約 3 萬餘人次使用 RU486。綜合上述，近 3 年每年以手術及藥物施行人工流產約 5 萬 5 千人次至 6 萬餘人次。」

⁸² CRPD 初次國家報告結論性意見第 48 段、第 49 段：「國際審查委員會對於優生保健法及精神衛生法允許為身心障者進行強制流產及結紮手術表示關切，並關注身心障礙(特別是心智/社會心理障礙)婦女及女童因此蒙受之影響。國際審查委員會建議國家修訂優生保健法及精神衛生法，提供法律、程序及社會保障，包括，但不限於接受輔助決定及法律代表，以避免對身心障礙者施以強制醫療處置。」；陳英淙，由德國聯邦憲法法院之判決(BVerfGE 88,203)探討墮胎合法化問題，憲政時代第 28 卷第 1 期，2002 年 7 月，第 82 頁：「將有畸形發育之虞的胎兒列入合法墮胎的要件中，頗有歧視殘障人士之嫌」

⁸³ 同前註。

⁸⁴ 依據司法院近年各年度統計年報「地方法院刑事第一審案件裁判結果—按罪名別分」，2019 年墮胎罪被告共 3 人，科刑人數共 3 人，2020、2021 年均無任何墮胎罪判決，2022 年墮胎罪被告共 1 人，科刑人數 1 人；2023 年墮胎罪被告 2 人，均為無罪。

體健康之目的。

(4) **刑法第 288 條、第 289 條、第 290 條規定與優生保健法第 9 條第 1 項不符「必要性原則」**：再退步言，縱然肯認刑法第 288 條、第 289 條、第 290 條與優生保健法第 9 條第 1 項具備目的正當性且符合適當性原則，該等規定仍非屬最小侵害手段。蓋參考現行法規與外國立法例，尚有其他最小侵害手段如下：

— **強制諮商程序 (mandatory counseling)**：「強制諮商」制度之具體細節依各國規範而有所不同，一般而言係指懷孕婦女於實施人工流產前，必須先進行諮商之程序上強制要求。諮商程序不僅能夠提供更多資訊以協助懷孕婦女形成是否終止妊娠之決定、決定如何執行人工流產，亦可藉此提供其他生育控制手段之衛教資訊（例如：正確避孕知識），故而德國聯邦憲法法院亦肯認諮詢程序得為墮胎罪處罰之替代手段⁸⁵。

— **冷靜期 (或稱思考期) (waiting period; reflection period)**：關於墮胎的冷靜期 (或稱思考期⁸⁶)，通常係指法規規定懷孕婦女於請求人工流產至實際施行人工流產之間所必須等待之時間⁸⁷。強制冷靜期的手段正當性在於未阻止當事人作出選擇，僅是要求冷靜思考一段時間，而有助於衡平地維護懷孕婦女之自主決定權與胎兒利益之保障。

(5) **退萬步言，刑法第 288 條、第 289 條、第 290 條規定透過國家刑罰權處罰懷孕婦女與婦產科醫師，以達成維護胎兒利益之目的，手段與目的間顯然失衡，不符「衡平性原則」**：

⁸⁵ 陳英淙，由德國聯邦憲法法院之判決(BVerfGE 88,203)探討墮胎合法化問題，憲政時代第 28 卷第 1 期，2002 年 7 月，第 71-73 頁：「國家對於諮詢程序的施行負完全責任，此種諮詢方案要求周邊條件的配合，相對於孕婦，這些周邊條件在於創造積極的要件，以有利於胎兒生命的維持，而保護義務亦要求醫生的參與...透過諮詢程序之後，刑法取消對於懷孕初期墮胎的處罰」

⁸⁶ 冷靜期是一種政策手段，用以避免當事人作成考慮欠周或衝動的決定，強制冷靜期的手段正當性在於立法者並未阻止當事人作出選擇，僅是要求冷靜思考一段時間。參見理查·塞勒、凱斯·桑斯坦，推力，第 372-373 頁：「通常在下列兩種情況中，強制冷卻期的規定最合理，也最可能實施：一、人們不常做這種決定，因而欠缺經驗；二、人們在做這種決定時往往情緒高昂，這時特別容易做出日後懊悔的決定。」

⁸⁷ 例如，德國法制要求懷胎婦女必須接受「衝突諮詢」，且取得證明文件三日後，始得接受墮胎手術，概稱「三日思考期」。醫師在婦女進行墮胎手術時，必須請求婦女提示此一諮詢證明。參考王皇玉，墮胎罪同意問題之研究——兼評「生育保健法」草案關於人工流產相關規定，月旦法學雜誌第 162 期，2008 年 11 月，第 46 頁至第 48 頁。

— 依照刑罰謙抑性原則，國家以刑罰制裁之違法行為，原則上應以侵害公益、具有反社會性之行為為限，而不應將損及個人感情且主要係私人間權利義務爭議之行為亦一概納入刑罰制裁範圍（司法院大法官釋字第 791 號解釋理由書參照）。換言之，刑事處罰僅為多種社會控制手段之一，應在其他社會規範不及時始行介入；否則，輕罪刑罰更會導致治理成本增加、降低法律之實際規範效果，遑論刑法處罰範圍過廣亦終將貶損刑法自身的權威性，動搖國家公權力之正當性。是以，刑法第 288 條、第 289 條、第 290 條對墮胎之懷孕婦女與加工墮胎之婦產科醫師採取刑事處罰手段，本質上即因牴觸刑罰謙抑性原則而欠缺正當性。此外，對懷孕婦女施行人工流產之行為以刑罰相繩，同時亦違背 CEDAW 公約第 24 號一般性建議關於「修訂視墮胎為犯罪的法律」、「撤銷對墮胎婦女的懲罰性措施」等要求⁸⁸。

— 依據民法第 6 條：「人之權利能力，始於出生，終於死亡。」，與同法第 7 條規定：「胎兒以將來非死產者為限，關於其個人利益之保護，視為既已出生。」，可知胎兒在出生前並非權利能力主體，充其量僅在特殊情形且法有明文規定時，始能例外受到保障。準此，胎兒既非憲法上基本權之權利主體，即不存在「胎兒生命權」可言，**自無胎兒與懷孕婦女或婦產科醫師間基本權衝突之問題**，亦無可能要求懷孕婦女與婦產科醫師之基本權保障，需因為不具基本權權利主體之胎兒而退讓。

2. 優生保健法第 9 條第 2 項配偶同意權之規定，過度限制懷孕婦女之基本權利，違反憲法第 23 條比例原則

(1) 本案應採取嚴格審查基準：優生保健法第 9 條第 2 項配偶同意權

⁸⁸ CEDAW 第 24 號一般性建議：「締約國且應：... (c) 透過計畫生育和性教育，優先預防非預期懷孕，並藉由安全孕產服務和產前協助，降低產婦死亡率。盡可能修訂視墮胎為犯罪的法律，以撤銷對墮胎婦女的懲罰性措施」；CEDAW 第 33 號一般性建議第 47 段：「在確保婦女能夠行使其人權，包括在平等基礎上獲得司法救助的權利方面，刑法尤為重要。根據《公約》第二條和第十五條，締約國有義務確保婦女獲得刑法提供的保護和補救，並確保婦女無論是作為犯罪受害人還是行為人在這些機制的範圍內都不受到歧視。一些刑法典或刑法和或刑事訴訟法以下列方式歧視婦女：(b) 對於只能由婦女實施的某種行為，如人工流產，按刑事罪論處」、第 51 段：「委員會建議... (l) 廢除歧視性的刑事罪論處規定，並審查和監測所有刑事程式，以確保不直接或間接歧視婦女... 將只能由婦女實施的某種行為非刑罪化，如人工流產...」

之規定，限制自主決定權、隱私權與人格權等，均個別經憲法法庭肯認為我國憲法高度保障之重要基本權，且同時侵害複數基本權。此外，立法資料須足以證明基本權限制得以通過嚴格審查標準，始符合憲法第 23 條比例原則（釋字第 744 號解釋參照），惟優生保健法第 9 條第 2 項配偶同意權之規範目的不明，無法自立法歷程與立法資料辨識其基本權限制之正當性何在，致司法機關難以審查其合憲性，足徵該規定本身具有高度違憲疑義。據上，對於優生保健法第 9 條第 2 項配偶同意權之規定，應採取嚴格審查基準。

(2) 優生保健法第 9 條第 2 項配偶同意權之規範目的，可能在於「確認人工流產事由」（確認懷孕婦女之主觀意願，及／或客觀上存有懷孕婦女因懷孕或分娩影響心理健康或家庭生活之情事）、「保護胎兒利益」或「保障配偶權益」等⁸⁹。然而，無論其規範目的為何者，均無法通過比例原則之審查⁹⁰：

— 若認優生保健法第 9 條第 2 項之規範目的為「保障配偶權益」，仍難符合比例原則之要件：

■ **配偶同意權之規定欠缺目的正當性：**身體自主權、生育自主權乃個人獨立權利，不因進入婚姻關係而其讓渡予配偶。換言之，婚姻關係中之當事人，對於他方身體、生育、生殖能力等事項，並無任何權利可言⁹¹，故在人工流產施行之決定下，自不存在「保障配偶權益」正當目的可言。

⁸⁹ 立法院，人工流產者法定代理人或配偶同意權之妥適性研析，2017 年 9 月 1 日，<https://www.ly.gov.tw/Pages/Detail.aspx?nodeid=6590&pid=146932>

⁹⁰ CEDAW 第 4 次國家報告結論性意見與建議第 61 段、第 62 段：「國際審查委員會還關切，墮胎需要配偶的同意…國際審查委員會建議：…(b)優生保健法取消配偶、父母或監護人同意的要求，以確保女性的自主性和完整性。」除此之外，配偶同意權之規定，更迫使婦產科醫師必須在施行人工流產前查驗、探詢懷孕婦女是否有配偶、進而要求有配偶之懷孕婦女使其配偶簽名同意，以免除或降低自身遭遇刑事追訴之風險。換言之，醫師除進行人工流產手術外，尚因配偶同意權之規定而被迫侵害懷孕婦女之隱私權。

⁹¹ **Murray v. Vandevander, 522 P.2d 302 (Okl. App. 1974):**"...The court found that the husband cited no authority establishing that a husband had a right to a childbearing wife as an incident to their marriage.The court held that the right of a person who was capable of competent consent to control her own body was paramount. There was no allegation that the wife was of diminished capacity or otherwise incapable of consent. There was no necessity for the physician to obtain the consent of the husband..." **Ponter v. Ponter 135 N.J. Super. 50 (1975):**"...It is this court's opinion that Judith Ponter has a constitutional right to obtain a sterilization operation without the consent of her husband.... [W]omen are individual persons with certain and absolute constitutional rights. Included within those rights is the right to procure an abortion or other operation without her husband's consent. A natural and logical corollary of those rights is a right to be sterilized without her husband's consent."

— 若認優生保健法第9條第2項之規範目的為「增進家庭幸福」，仍難符合比例原則之要件：

- **配偶同意權之規定不符「適當性原則」**：配偶同意權之規定，使男性配偶得以其意願箝制女性配偶是否終止妊娠之決定，反而因此造成家庭不睦之紛爭，實務上亦因此衍生諸多刑事案件⁹²。以本案為例，訴外人戚紫羽及其配偶張夫泉之爭端起因，即係因張夫泉拒絕於人工流產同意書簽名、致戚紫羽決定分居，亦係因張夫泉認為戚紫羽未得其同意即施行人工流產，從而提起本案刑事告發。是以，配偶同意權之規定，對於「增進家庭幸福」顯無助益，不符「適當性原則」之要求。
- **配偶同意權之規定不符「必要性原則」**：退步言之，縱使認為配偶同意權之規定得以達成「增進家庭幸福」之立法目的，惟手段上尚非不得以「告知義務⁹³」或「透過司法或行政機關之爭端解決機制調和意見不一致⁹⁴」等手段，替代強制懷孕婦女須取得配偶同意之要求，足證現行配偶同意權之規定，並非最小侵害手段。
- **配偶同意權之規定不符「衡平性原則」**：退萬步言，優生保健法第9條第2項要求已婚懷孕婦女施行人工流產應得配偶同意，並非令懷孕婦女與其男性配偶取得同等之話語權，而是形同使該男性配偶就人工流產獲得終局之否決權。此乃根本性地否認懷孕婦女具有獨立之身體自

⁹² 王皇玉，墮胎罪同意問題之研究——兼評「生育保健法」草案關於人工流產相關規定，月旦法學雜誌第162期，2008年11月，第42頁：「墮胎罪案例中，常見的案例類型又可分為以下三種：...三、有配偶之人未得配偶同意而墮胎，經配偶提告案例。此類型案例通常與妨害家庭糾紛（通姦罪）鳩葛不清，且常衍生出偽造文書（孕婦或他人單獨或共同偽簽配偶同意書）官司.....甚至有案例是丈夫事後才知悉妻子進行人工流產，因而怒告婦產科醫師的案例。」

⁹³ 例如，衛生福利部2003年提出生育保健法草案，即提案將現行配偶同意權之規定，修正為「告知義務」，改為懷孕婦女僅須告知其配偶即可，而無須獲得配偶之同意。

⁹⁴ 司法改革國是會議第五分組第六次會議決議（2017年5月18日）：「據現行優生保健第9條第2項，已婚婦女欲以第9條第1項第6款（懷孕或生產影響其心理健康或家庭生活）施行人工流產時，均需得配偶同意，無例外條款，亦完全不考慮該婦女在婚姻中是否遭受家暴或有其他婚姻無法維持之情事，迫使受暴婦女或已經進行離婚程序之婦女，可能因此規定無法實施人工流產或遭受其他不利之壓迫，亦應一併修改。建議應增設不需得配偶同意之例外條款，以及縱使無例外情況，當已婚之懷孕婦女與其配偶就是否符合第6款情狀意見不一致時，應設有司法或行政機關之爭端解決機制，俾使已婚懷孕婦女之生育自主權獲得保障。」

主權、生育決定權，對於懷孕婦女之憲法上基本權顯然侵害過鉅，不合衡平性原則之要求。

— 若認優生保健法第 9 條第 2 項之規範目的為「**確認人工流產事由**」(確認懷孕婦女之主觀意願，及／或客觀上存有懷孕婦女因懷孕或分娩影響心理健康或家庭生活之情事)，仍難符合比例原則之要件：

■ **配偶同意權之規定不符「適當性原則」**：懷孕婦女有無施行人工流產之意願，以及客觀上是否存在因懷孕或分娩影響心理健康或家庭生活之情事，應由婦產科醫師依其專業判斷，此觀優生保健法第 12 條規定：「非第五條所定之醫師施行人工流產或結紮手術者，處一萬元以上三萬元以下罰鍰。」與同法第 13 條規定：「未取得合法醫師資格，擅自施行人工流產或結紮手術者，依醫師法第二十八條懲處。」，足證不具備法定醫師資格者，尚無法進行個案是否符合優生保健法所定人工流產要件之判斷。

■ **配偶同意權之規定不符「必要性原則」**：同前所述，懷孕婦女有無施行人工流產之意願，以及客觀上是否存在因懷孕或分娩影響心理健康或家庭生活之情事，應由婦產科醫師依其專業判斷，則相較於配偶同意權之規定，現行優生保健法相關規定，本即為同等有效之手段，實無必要再由配偶二度審查懷孕婦女之主觀意願與客觀事由，而造成額外侵害。

— 若認優生保健法第 9 條第 2 項之規範目的為「**保護胎兒利益**」，誠如前述，難以通過比例原則之審查(參本解析第 40-42 頁)。

【檢方可能主張】

1. 刑法第 288 條、第 289 條、第 290 條之保護法益與優生保健法第 9 條第 1 項，縱限制懷孕婦女及婦產科醫師之憲法上基本權，仍合於比例原則
 - (1) 刑法第 288 條、第 289 條、第 290 條之保護法益為維護胎兒生命⁹⁵、保障胎兒存續，乃具備憲法正當性之目的

⁹⁵ 最高法院 99 年度台上字第 7588 號刑事判決：「刑法第二百八十八條第一項之自行墮胎罪，行為主體

- 國家負有維護胎兒生命之積極保護義務⁹⁶，系爭規定均為該保護義務之具體展現。在施行人工流產與否的決定情境中，懷孕婦女與其胎兒之間存有利益衝突，自不能由該婦女片面決定⁹⁷。而本案被告同時主張配偶同意權之規定亦有牴觸憲法之疑義，則至少應維持刑法墮胎罪相關規定，由國家作為最後一道防線，審查墮胎決定是否合於相關法規，以實現國家維護胎兒利益之保護義務⁹⁸。
- 憲法第 15 條明定生存權應予保障⁹⁹，我國憲法法庭日前亦肯認生命權乃每一個人與生俱來之固有權利，為是其他基本權利所依附並得以實現之前提，堪稱最重要之憲法權利，且應受最高度保障¹⁰⁰（憲法法庭 113 年度判字第 8 號判決參照）。胎兒作為生命初始之型態，與出生後之人之生命本質同一，自

固為墮胎婦女，客體為腹內胎兒，所保護之法益主要係胎兒之健康發育、順產，尚兼及維持風俗、保全公益；同法第二百九十條第一項之營利加工墮胎罪，行為主體則為意圖營利，受懷胎婦女之囑託或得其承諾，使之墮胎之人，乃孕婦以外之人員，不以婦產醫師或助產士等專業人員為限，客體除為胎兒之外，包含孕婦在內，所保護之法益除上揭自行墮胎罪法益外，另兼及孕婦本身之健康，二者尚非完全相同，不可不辨……」

⁹⁶ 蘇永欽大法官提出釋字第 689 號解釋協同意見書：「即使在原創國的德國，到今天也還沒有發展出一套完整的保護義務理論，其憲法法院有關保護義務的實務，仍以兩次墮胎案判決，針對生命權認定的保護義務最受肯定。依一般的法感，完全無自衛能力的胎兒，其私法上的生命權也確實需要課予國家積極保護義務，以與母親憲法上的身體自主權、隱私權等相調和。」

⁹⁷ 陳英淙，由德國聯邦憲法法院之判決(BVerfGE 88,203)探討墮胎合法化問題，憲政時代第 28 卷第 1 期，2002 年 7 月，第 70 頁：「法令上之所以保護胎兒，主要係針對胎兒的母親可能做出的危害行為，而惟有依賴立法者採取禁止墮胎原則及繼續懷孕原則，方有可能實現此種保護義務。…即使在一定的期限內，孕婦的人權並沒有膨脹到可以放棄腹中胎兒的地步，這是孕婦在法律上的義務。」

⁹⁸ 德國聯邦憲法法院在第二次墮胎案亦認為國家對於未出生的生命負有保護義務，以符人性尊嚴保障意旨。陳英淙，由德國聯邦憲法法院之判決(BVerfGE 88,203)探討墮胎合法化問題，憲政時代第 28 卷第 1 期，2002 年 7 月，第 70 頁：「判決要旨…基本法賦予國家保護人類生命的義務，這包括未出生的生命，此種保護義務植基於人性尊嚴……未出生的胎兒已享有人性尊嚴，就其自我生命權的意涵而言，並非直到孕婦是否願意繼續懷孕才成立，而是法秩序必須建構法律要件，以保證其生命權的開展，這種保護義務不僅關係到人類一般的生命，更關係到個別的生命。」

⁹⁹ 陳愛城，憲法對未出生胎兒的保護——作為基本權保護義務的一例來觀察，政大法學評論，第五十八期，第 78 頁：「我國憲法第 15 條保障生存權的規定，可以作為推論國家對胎兒具有保護義務的憲法根據」

¹⁰⁰ 許玉秀大法官提出釋字第 594 號解釋部分協同意見書：「現行刑法中各種犯罪類型所標示的法益包括生命、身體、自由、財產、秘密、名譽、公共安全、國家權力的有效運作及憲政秩序等等，都可以在憲法上找到對應的法益（剝奪生命的刑罰規範，必須面對憲法對生命價值絕對保護的檢驗）。……對胎兒的保護，也就是孕育中、成長中生命的保護，來自憲法對生存權的保障，生存權的保障不是從已經生存才開始，不只是避免生命不能存續，而是必須從創造生命開始，對創造生命的保障，就是支持孕育中的生命有成形的權利」；憲法法庭 113 年度判字第 8 號判決：「我國憲法雖未明文規定生命權，惟生命權係每一個人與生俱來之固有權利，其存在既不待國家承認，亦毋須憲法明文規定。蓋人之生命不僅是個人存在且賴以發展之生物基礎，也是其他基本權利所依附並得以實現之前提，堪稱最重要之憲法權利，且應受最高度保障。」（第 61 段參照）

應受相同程度之保障¹⁰¹，此乃法院實務與學說見解所共同肯認¹⁰²。

- (2) 優生保健法第 9 條第 1 項規定之立法目的在於「提高人口素質」、「減少家庭及社會之嚴重問題」、「維護母子健康」，乃具備憲法正當性之目的。蓋憲法第 156 條明定：「國家為奠定民族生存發展之基礎，應保護母性，並實施婦女兒童福利政策。」，故國家對於作為民族生存發展基礎之人口政策，負有積極規範之義務，以實現憲法明文訂定之基本國策要求，釋字第 807 號解釋亦曾肯認「使人口結構穩定」、「社會世代安全」屬於重要公共利益。為此，「提高人口素質」、「減少家庭及社會之嚴重問題」、「維護母子健康」即屬於實現「保護母性」基本國策之正當目的。
- (3) 刑法第 288 條、第 289 條、第 290 條與優生保健法第 9 條第 1 項符合「適當性原則」：對於墮胎與人工流產進行一定要件之規範，避免人工流產流於恣意，減少因墮胎所生之家庭問題與社會問題，並且透過婦產科醫師依據優生保健法相關規定進行專業判斷，維護懷孕婦女之母子，藉以達成「提高人口素質」、「減少家庭及社會之嚴重問題」、「維護母子健康」等目的，符合「適當性原則」。

¹⁰¹ 甘添貴，人工流產與殺害胎兒，台灣法學雜誌第 19 期，2001 年 2 月，第 117 頁：「刑法對於『人』之認定，則重在保護其生命之安全，而生命乃一持續進展之過程，出生前後之生命，均為整體生命之一部分，代表同一生物體之生理現象，其本質迄無改變。出生前之生命與出生後之生命，均屬等價。……因此，胎兒之生命與人之生命，不僅應同受刑法之保障，且其處罰亦應無軒輊之分」

¹⁰² 臺灣高等法院 91 年度上易字第 407 號刑事判決：「本院認優生保健法第九條第一項第六款之規定，應予適度釐清及界定，固然婦女墮胎問題，牽涉層面極廣，從法學、哲學、倫理學、生物學、醫學、政治、社會等不同的角度切入，可能得出不同面向之結論，但依現行有效之刑事法律規範，不符合優生保健法相關規定之墮胎行為仍屬非法行為。而五國有關墮胎罪及優生保健法之立法過程，未見從憲法對於胎兒與婦女權利之保障的角度思考，近年來美國對於墮胎問題思考之重點即係放在「婦女生育自主決定權」及「胎兒生命權」的保護上，從憲法基本權之角度更深一層來討論墮胎罪，在二種法律應保護之權益中進行利益衡量，或可為吾國將來修法之參考。」；臺灣臺東地方法院 97 年度訴字第 121 號民事判決：「衡量胎兒生命權與產婦身體權之保障後，非不得在子宮頸未全開時使用真空吸引輔助生產之方式。查原告於當日 12 點 50 分，子宮頸開口 8 公分，發生臍帶脫垂，已無法將胎兒推回，且被告不具麻醉科執照，短時間無從施行緊急剖腹等情，故被告捨棄剖腹方式應無不當，此際，被告應採取其他使胎兒娩出有效並立即之方式。」；王澤鑑教授，侵權行為法（一），2000 年 3 月，第 161 頁至 166 頁：「所謂嬰兒的出生，不論是否為父母所計畫，均不能視為損害，其理由不僅是基於親子關係 0 生理及倫理上的連繫，更在肯定嬰兒的出生係一種價值的實現。……唐氏兒得否以身患殘障而依侵權行為規定向被告醫院請求財產上或非財產上損害賠償？此乃所謂 Wrongful Life 問題。原則上應採否定說。其主要理由為：1. 嬰兒自懷孕胎受孕自始即患殘障，其殘障非因醫生過失所引起，侵權行為法的任務在於保護人身的完整，不受侵害，不在於防止殘障者的出生。2. 生命縱有殘障，其價值仍勝於無，不能因此低估生命價值。3. 生命與其不存在之間的損害難以計算。…」；

- (4) 刑法第 288 條、第 289 條、第 290 條與優生保健法第 9 條第 1 項符合「必要性原則」：被告可能主張「施行人工流產之時間限制」、「強制諮商」、「冷靜期」等為同等有效且侵害較小之手段，惟此等手段與系爭規定之間並無替代性，甚或可能造成更嚴峻之基本權利侵害。蓋人工流產具有時間緊迫性，越晚進行人工流產，所能夠選擇的流產方式就越限縮¹⁰³，對母體的風險與傷害也會越高¹⁰⁴，所需費用也越高。考量時間緊迫性，強制諮商與冷靜期等規定，顯係對於懷孕婦女加諸更多程序規定，延遲懷孕婦女施行人工流產之時間，更有干預懷孕婦女自主決定權之嫌。就此，強制諮商與冷靜期是否確屬侵害較小之手段，顯非無疑。
- (5) 刑法第 288 條、第 289 條、第 290 條與優生保健法第 9 條第 1 項符合「衡平性原則」：民法第 7 條亦明文規定，非死產之胎兒在其個人利益之保護上應視為既已出生¹⁰⁵，反觀憲法與民法對於婦女之墮胎或人工流產決定權並無明文規定。可知胎兒地位與其存續之維護，乃我國憲法與民法所明文肯認，自應優先保障胎兒利益。

2. 優生保健法第 9 條第 2 項配偶同意權之規定，並無違反憲法第 23 條比例原則之要求

- (1) 誠如前述，優生保健法第 9 條第 2 項配偶同意權之規範目的，可能在於「確認人工流產事由」、「保護胎兒利益」或「保障配偶權益」。
- (2) 若認為優生保健法第 9 條第 2 項配偶同意權之規範目的，在於「保護胎兒利益」：
- 誠如前述，保護胎兒利益、維護胎兒存續乃具有憲法正當性之目的。
 - 誠如前述，在人工流產情境下，懷孕婦女與胎兒之利益顯有衝

¹⁰³ 例如，透過 RU486 進行藥物流產的方便，僅能在懷孕七周內為之；倘若超過孕期七周，則可能須選擇子宮收縮藥物進行引產，或者透過軟流真空吸引術、子宮刮清術、子宮擴除術等手術方式進行流產。安媞婦產科，墮胎週期及後遺症，http://www.womanclinics.com.tw/knowledge_24.html

¹⁰⁴ 妊娠超過 14 周，即無法透過 RU486、真空吸引術、子宮刮清術、子宮擴除術進行流產，而需住院進行引產手術，增加孕婦痛苦與手術危險性。瑪麗安婦產科，人工流產手術，http://www.marianswoman.tw/zh_TW/news-detail/id/82/

¹⁰⁵ 關於胎兒個人利益之保護，法院實務曾承認胎兒享有慰撫金請求權（最高法院 66 年度台上字第 2759 號民事判決）、繼承權（最高法院 110 年度台上字第 1880 號民事判決）、受父母保護教養之權利（臺灣高等法院 109 年度家上易字第 13 號民事判決）。

突，且胎兒在出生前並無意思表示能力，不宜由懷孕婦女片面作成人工流產之決定。此際，懷孕婦女之配偶（依民法第 1063 條第 1 項推定為胎兒生父），應屬最適代理胎兒表示意見之利害關係人，則賦予配偶行使人工流產同意權，即能夠達成「保護胎兒利益」之目的，符合「適合性原則」。

- 誠如前述，強制諮商、冷靜期等侵害甚鉅，故並無得以替代配偶同意權規定之其他手段，故優生保健法第 9 條第 2 項配偶同意權應符合「必要性原則」。
- 誠如前述，胎兒地位與其存續之維護，乃我國憲法與民法所明文肯認，故縱使其與懷孕婦女之權利保障間存在基本權衝突之情形，仍應優先保障胎兒利益，況優生保健法第 9 條第 1 項第 6 款本即有要件過於寬鬆之疑義¹⁰⁶，倘若再認定優生保健法第 9 條第 2 項配偶同意權亦屬違憲，使懷孕婦女得片面決定施行人工流產，則無從達到優生保健法保障胎兒利益之立法目的，故而優生保健法第 9 條第 2 項配偶同意權應符合「衡平性原則」。

(3) 若認為優生保健法第 9 條第 2 項配偶同意權之規範目的，在於「確認人工流產事由」（確認懷孕婦女之主觀意願，及／或客觀上存有懷孕婦女因懷孕或分娩影響心理健康或家庭生活之情事）：

- 誠如前述，優生保健法第 9 條第 1 項第 6 款之目的，在於「提高人口素質」、「減少家庭及社會之嚴重問題」、「維護母子健康」等，均屬具備正當性之立法目的。據此，優生保健法第 9 條第 2 項配偶同意權之規定為確保前開目的之實現，透過配偶同意權之行使作為監督機制，同樣具備目的正當性。
- 懷孕婦女之配偶對其心理健康與家庭生活之客觀情事應有瞭解，亦能夠判斷其是否確有施行人工流產之主觀意願，故使男性配偶得以行使人工流產同意權，自能夠確認人工流產事由，故優生保健法第 9 條第 2 項配偶同意權符合「適合性原則」。

¹⁰⁶ 雷文政，解構我國胚胎保護規範體系—發現父母生育自主的地位，臺大法學論叢第 33 卷第 4 期，2004 年 7 月，第 32 頁：「我國刑法墮胎罪雖保障母體內胚胎的生命法益，但優生保健法寬鬆的阻卻違法事由卻大幅架空了這樣的保護，只要母親不願意懷孕，母親的丈夫也同意，對胚胎生命實質保護程度不高。」

- 優生保健法相關規定固然已要求婦產科醫師應就人工流產事由進行把關與審查，惟相較於婦產科醫師，男性配偶作為懷孕婦女之同居人與日常家務代理人（民法第 1001 條本文、第 1003 條第 1 項規定參照），方為最瞭解懷孕婦女心理健康與家庭生活情況之人，故由男性配偶確認懷孕婦女之主觀意願與客觀上是否存有「因懷孕或分娩影響心理健康或家庭生活」之情事，與婦產科醫師之角色功能應屬不同面向，彼此間不具備替代性，自非同等有效之手段，而無所謂侵害程度大小比較可言。是以，優生保健法第 9 條第 2 項配偶同意權應符合「必要性原則」。

(4) 若認為優生保健法第 9 條第 2 項配偶同意權之規範目的，在於「保障配偶權益」：

- 婚姻係配偶雙方自主形成之永久結合關係，除使配偶間在精神上、感情上與物質上得以互相扶持依存外，並具有各種社會功能，乃家庭與社會形成、發展之基礎，婚姻自受憲法所保障（系爭解釋與本院釋字第 748 號解釋參照）。就此，婚姻關係中配偶權益之保障，亦應屬憲法保障之範圍，故為具備憲法上正當性之目的。
- 依民法第 1063 條第 1 項規定，懷孕婦女之配偶於法律上應推定為胎兒生父，則該男性配偶與該胎兒間亦有利害關係與親情連結，而人工流產施行與否關乎胎兒是否存續，則使男性配偶得對於人工流產施行決定行使同意權，保障其程序參與及意思表示之權利，應能夠達成「保障配偶權益」之目的，符合「適當性原則」之要求。
- 若僅以「告知義務」替代配偶同意之規定，仍無法避免懷孕婦女在雙方意見不同時，片面決定施行人工流產而破壞家庭圓滿情形，故告知或協商均無從達到「增進家庭幸福、維護家庭生活圓滿」之目的，並非同等有效之替代手段，故優生保健法第 9 條第 2 項配偶同意權應符合「必要性原則」。

(三) 優生保健法第 9 條第 2 項（配偶同意權）規定是否違反平等權及平等原則？

【爭點說明】

優生保健法第 9 條第 2 項要求已婚懷孕婦女依據同法第 9 條第 1 項第 6 款事由（因懷孕或分娩影響心理健康或家庭生活）者，須經配偶同意，始得施行人工流產。此規範可能違反平等權與平等原則之情境有二：其一，對於**已婚懷孕婦女與未婚懷孕婦女**間造成差別待遇，形成直接歧視，不符合平等原則（等者不等之）；其二，使**已婚懷孕婦女之男性配偶**得以否決懷孕婦女本人之人工流產決定權，形成間接歧視，違反實質平等原則（不等者卻等之）。定位法律上差別待遇之存在後，參賽隊伍應進一步說明所主張採取審查標準為何及其理由（亦即，造成差別待遇之分類標準為何），再進一步檢視目的正當性，以及差別待遇與其目的間之關聯性是否充足。

【辯方可能主張】

1. 優生保健法第 9 條第 2 項配偶同意權之規定違反憲法第 7 條、憲法增修條文第 10 條第 6 款實質性別平等原則

(1) 本案應採取中度標準並從嚴審查：

- 憲法增修條文第 10 條第 6 款實質性別平等原則，要求國家對於女性應負有積極之保護義務，藉以實踐兩性地位之實質平等（釋字第 728 號解釋參照），國家因此負有建置使婦女得以實現身體自主權、生育決定權之客觀法秩序之義務，確保婦女在生育事務上不因法規範歧視而受有不合理之差別待遇。
- 又依憲法第 7 條平等原則，如對於不同事物未為合理之差別待遇，違反平等原則¹⁰⁷；為確保憲法增修條文第 10 條第 6 款所定實質性別平等原則得以實現，法規範如採取性別之分類而形成差別待遇，因係以難以改變之個人特徵、歷史性或系統性之刻板印象等可疑分類，為差別待遇之標準，即應採中度標準從嚴審查（釋字第 365、807 號解釋及憲法法庭 112 年憲判字第 1 號判決意旨參照）。所謂「差別待遇」，尚非限於法律規範本身以明確分類標準為差別待遇，而亦包含表面上或形

¹⁰⁷ 憲法法庭 112 年憲判字第 10 號判決：「等者等之，不等者不等之，為憲法平等原則之基本意涵。如對相同事物為差別待遇而無正當理由，或對於不同事物未為合理之差別待遇，均屬違反平等原則。又法規範是否符合平等原則之要求，其判斷應取決於該法規範所以為差別待遇之目的是否合憲，其所採取之分類與規範目的之達成間，是否存有一定程度之關聯性而定（司法院釋字第 593 號、第 764 號、第 781 號、第 782 號及第 783 號解釋參照）」

式上以中性規範文字卻造成差別待遇效果之情形¹⁰⁸。

- 優生保健法第9條第2項配偶同意權之規定，看似係在人工流產施行與否的決定，給予男性配偶與女性配偶同等的話語權，實則該規定在實務上係造成有意進行人工流產之女性配偶，因男性配偶不予同意而無法實施流產，令男性配偶得以意願其凌駕於女性配偶生育決定權利之上。另一方面，男性配偶不同意人工流產時，懷孕之女性配偶無從救濟；惟懷孕之女性配偶未經男性配偶同意即施行人工流產，卻需面臨刑事追訴風險，可見懷孕婦女與其配偶關於人工流產之意見不同時，所受不利益亦顯然失衡。考量上述情形，優生保健法第9條第2項配偶同意權之規定，即應採中度標準從嚴審查。

(2) 優生保健法第9條第2項配偶同意權之目的無涉重要公共利益，差別待遇之手段與目的之達成亦欠缺實質關聯

- 所謂中度標準從嚴審查，係要求規範之立法目的須為追求重要公共利益，所為差別待遇之手段，與目的之達成間具實質關聯，始與憲法平等權保障之意旨無違（釋字第365、807號解釋及憲法法庭112年憲判字第1號判決意旨參照）。
- 誠如前述，優生保健法第9條第2項配偶同意權之規範目的不明，是否存在重要公共利益，即有高度疑義。縱認優生保健法第9條第2項配偶同意權之規範目的可能在於「確認人工流產事由」、「保護胎兒利益」或「保障配偶權益」等，該等目的均欠缺憲法上正當性，自無法認定該等目的之追求存在重要公共利益。
- 墮胎行為的本質是「終止妊娠」，而妊娠乃女性在先天生理構

¹⁰⁸ 葉百修大法官於釋字第728號解釋提出之不同意見書：「所謂直接歧視（direct discrimination），係指法律規範本身以明確的分類標準所為之差別待遇，亦即本件解釋多數意見判斷系爭規定，認定其『形式上』並未以生理性別作為分類標準，進而不構成直接歧視。這種直接歧視之類型，隨著對於法律合憲性審查之重視，以及對於明確分類標準所生之權利意識日升，司法者對於直接歧視之審查越趨嚴謹，立法者自逐漸避免直接歧視。然而，歧視之所以應予禁止，在於國家或人民已經長期對於特定分類標準失去憲法權利保障之意識，甚至特定分類標準之適用，已經內化於國家公權力行為或人民私法行為之中，形成整個社會文化的差別待遇而視為理所當然。這種表面上或形式上以中性規範文字而未出現明確、特定之分類標準，而實際上係以某種特定政策或仍因此出現差別待遇或產生差別待遇之效果，即所謂間接歧視（indirect discrimination）。」

造上所展現出與男性不同之生殖功能；就生育事項及生育後對於子女撫育自然義務而言，社會整體對於女性「母職」系統性刻板印象，亦仍使女性配偶負擔較男性配偶為重之責任¹⁰⁹。據此，已婚懷孕婦女與其男性配偶之責任分配既非等量齊觀，賦予二者相同之決定權即已有疑，遑論優生保健法第9條第2項配偶同意權之規定實際上係使男性配偶得以意願其凌駕於女性配偶生育決定權利之上，否決女性配偶實施人工流產之意願¹¹⁰，此與憲法第7條、憲法增修條文第10條第6款實質性別平等原則即有牴觸。

2. 優生保健法第9條第2項配偶同意權之規定，對已婚懷孕婦女與未婚懷孕婦女之人工流產決定權施以欠缺正當理由之差別待遇，違反憲法第7條平等權與平等原則

- (1) 本案應採取嚴格審查標準：依據釋字第696號解釋意旨，「如因婚姻關係之有無而為稅捐負擔之差別待遇，致加重夫妻之經濟負擔，則形同對婚姻之懲罰，而有違憲法保障婚姻與家庭制度之本旨，故系爭規定所形成之差別待遇是否違反平等原則，應受較為嚴格之審查，除其目的須係合憲外，所採差別待遇與目的之達成間亦須有實質關聯，始合於平等原則。」，可知因婚姻關係之有無所為之差別待遇，應通過嚴格審查基準，始能合憲。優生保健法第9條第2項

¹⁰⁹ 王皇玉，墮胎罪同意問題之研究——兼評「生育保健法」草案關於人工流產相關規定，月旦法學雜誌第162期，2008年11月，第45頁：「對墮胎行為責任的追究，從女性主義的觀點來看，是一種性別不平等的展現。因為墮胎行為乃女性因其所具有的生物差異性，因而特別受到刑罰的責難。而類似的倫理上與法律上之譴責，幾乎不會落在使婦女受孕的男性身上。」

¹¹⁰ 雷文攻，解構我國胚胎保護規範體系—發現父母生育自主的地位，臺大法學論叢第33卷第4期，2004年7月，第23頁：「我國整體法規範體系看似重視優生與婦女權益，但婦女對於終止懷孕的生育自主權，仍然面臨著兩個限制：第一個限制是，優生保健法第9條第2項規定（配偶同意權）。...對照前述我國優生保健法並不優先保護胎兒生命，而是廣泛地承認優生與性道德等價值，更顯得優生保健法濃厚父權的色彩：到頭來它最尊重的，既不是胚胎原本可以成為人的生命、也不是實際將要以自己身軀、心理健康與自由直接付出代價的孕婦，而是在性行為中提供精子的丈夫。」；官曉薇，反身的凝視：台灣人工流產法制及其社會背景的分析，思與言：人文與社會科學期刊第47卷4期，2009年12月，第157頁：「本文的看法是，儒家係依據一個人的社會角色及地位，以及圍繞其社會位置的階層秩序作為行為的準繩與判斷，個人價值是被其社會角色所建構的，因此長幼要有序，要君君臣臣父父子子。在儒家文化中，當個人的價值與家庭或更大的單位如社會的價值相衝突的時候，個人的自我利益是被期待要捨棄的。.....儒家文化將子女當成是家庭的財產，其生命或生涯的規劃完全受父母的處置，同樣的，於婦女肚子裡的胎兒，也是家庭得以處置的客體，因此是否生下胎兒是一個家庭的決定，不是婦女個人的，這也是台灣至今為止，合法的人工流產仍必須經過配偶同意的原因」

要求已婚懷孕婦女依同法第 9 條第 1 項第 6 款施行人工流產時，須經配偶同意始能為之，致已婚懷孕婦女與未婚懷孕婦女間受有差別待遇，自應以嚴格審查標準予以檢驗。

- (2) 優生保健法第 9 條第 2 項配偶同意權之規範目的，可能在於「確認人工流產事由」、「保護胎兒利益」或「保障配偶權益」。然而，誠如前述，此等目的均欠缺憲法上正當性。
- (3) 退步言之，縱使前開目的具備目的正當性，其差別待遇手段亦與目的達成間欠缺實質關聯。蓋人為獨立之權利能力主體，個人不因進入「婚姻關係」而受有較為不利之差別待遇，否則更不利於婚姻制度之發展，或有侵害人民婚姻與家庭權利之虞¹¹¹。而婚姻關係之存續亦非以婚姻當事人具備生育能力為必要，故優生保健法第 9 條第 2 項配偶同意權之規定，以「婚姻關係存否」給予已婚懷孕婦女與未婚懷孕婦女施以差別待遇，顯然欠缺實質關聯性，無法通過平等原則之審查。

【檢方可能主張】

1. 本案應採寬鬆審查標準，差別待遇僅需與其規範目的間存有合理關聯，即為已足：

- (1) 憲法第 7 條保障人民之平等權，並不當然禁止國家為差別待遇。法規範所為差別待遇，是否符合平等保障之要求，應視該差別待遇之目的是否合憲，及其所採取之分類與規範目的之達成間，是否存有一定程度之關聯性而定（釋字第 682 號、第 722 號、第 745 號、第 750 號及第 791 號解釋參照）。

¹¹¹ 釋字第 696 號葉百修大法官部分協同意見書：「婚姻與家庭等身分關係 (marital/family status) 之有無，已成為比較憲法上處理平等權保障一項重要議題，對於以婚姻或家庭身分關係所為之不合理差別待遇與歧視，在各國憲法實務上，均認為與憲法保障平等權之意旨不符……人民雖然選擇進入婚姻與家庭生活，並不表示其作為憲法權利保障之主體，將隨著婚姻關係而消逝。」；釋字第 696 號解釋羅昌發大法官協同意見書：「婚姻與家庭之權利受憲法制度性保障的內涵……系爭規定對男女成立婚姻關係或建立家庭，顯然構成負面衝擊或不當干預的制度性因素。此對於年輕男女不婚及不敢成立家庭的趨勢，更屬雪上加霜。系爭規定侵害人民婚姻與家庭權利，甚為明顯。是本席認為，系爭規定除違反平等權之外，更直接侵害人民成立婚姻關係與建立家庭之權利而違反憲法規範。」；**釋字第 696 號解釋黃茂榮大法官協同意見書**：「現代的法制以人為獨立之權利能力的歸屬主體，且自然人之財產係以個人，而非以家庭、夫或夫妻全體為其歸屬對象。…所得稅之稅捐客體的歸屬亦當夫妻有別。即便在財產或所得為夫妻共有的情形，在經濟實質上，亦應按照夫妻對於該財產或所得之應有部分，分別歸屬之。……該稅負之增加乃因夫妻間有婚姻關係而發生，相較與無婚姻關係者，有婚姻關係之夫妻反倒負擔較重之稅負，故所得稅法第十五條亦違反憲法第七條所定之平等原則。」

- (2) 實則，除非係以種族、性傾向等為分類導致各種事實上或法律上之排斥或歧視，或為社會上孤立隔絕之少數且為政治上之弱勢，始有適用嚴格審查或較為嚴格之審查標準（釋字第 794 號解釋參照），否則採取寬鬆審查基準，即為已足（釋字第 802 號解釋參照）。然而，依我國現況而言，在婚姻關係中之女性（相較於男性配偶），或者已婚女性（相較於未婚女性），均非社會上孤立隔絕之少數、亦非政治上之弱勢，可見優生保健法第 9 條第 2 項配偶同意權之審查，僅需採取寬鬆審查標準即可。
- (3) 據上，優生保健法第 9 條第 2 項配偶同意權之規定，雖對於已婚懷孕婦女與未婚懷孕婦女間，以及對於婚姻關係中懷孕婦女及其男性配偶雙方間，給予差別待遇，惟該差別待遇僅需與其規範目的間存有合理關聯，即為已足（釋字第 618 號、第 682 號解釋參照）。

2. 優生保健法第 9 條第 2 項配偶同意權之規定，令婚姻關係當事人雙方就人工流產享有相等決策權與話語權，並無違反憲法第 7 條平等權與平等原則

- (1) 優生保健法第 9 條第 2 項配偶同意權之規定，令婚姻關係當事人雙方就人工流產享有相等決策權與話語權，形式上並無任何差別待遇存在。若使僅有懷孕婦女之一方得決定人工流產施行與否，反而對男性之一方形成差別待遇而違反平等原則。
- (2) 被告縱得主張構成間接歧視優生保健法第 9 條第 2 項配偶同意權之規定、違反實質平等原則，惟此主張僅能建立在懷孕婦女對於生育子女或未來子女照顧負有較高程度之責任與義務。然而，依據釋字第 807 號解釋，教養子女或照顧家庭之責任，應由經營共同生活之全體成員依其情形合理分擔，而非責由女性獨自承擔。我國民法對於子女扶養義務，亦無因父母之性別有所區分，可見我國顯不存在懷孕婦女對於生育子女或未來子女照顧負有較高程度之責任與義務之情形，自無間接歧視情形存在。
- (3) 實則，若肯認懷孕婦女對於生育子女或未來子女照顧負有較高程度之責任與義務此一前提，反而係將女性在家庭生活、社會功能中，拘泥於僅得扮演特定角色，加深對女性不應有之刻板印象（釋字第 807 號解釋意旨參照），故宣告優生保健法第 9 條第 2 項配偶同意

權之規定違憲，反而將構成憲法增修條文第 10 條第 6 款兩性實質平等原則之抵觸。

3. **優生保健法第 9 條第 2 項配偶同意權之規定，對已婚懷孕婦女與未婚懷孕婦女之人工流產決定權施以差別待遇，並無違反憲法第 7 條平等權與平等原則**

- (1) 憲法第 156 條明文規定：「國家為奠定民族生存發展之基礎，應保護母性」。參照過去釋憲實務，多位大法官均將憲法第 156 條，連結於婚姻及婚姻建構之家庭倫理關係¹¹²。亦即，「保護母性」之基本國策義務，僅限於婚姻關係存續者，始有適用。以此觀之，優生保健法第 9 條第 2 項配偶同意權之規定，對已婚懷孕婦女與未婚懷孕婦女之人工流產決定權施以差別待遇，係以憲法基本國策為其正當基礎，自有合理之實質關聯。
- (2) 此外，婚姻關係中個人自主權固經大法官肯認應予保障，惟婚姻仍有其社會功能、為家庭與社會之基礎（釋字第 791 號解釋、憲法法庭 112 年憲判字第 4 號判決意旨參照），故優生保健法第 9 條第 2 項配偶同意權之規定，對已婚懷孕婦女與未婚懷孕婦女之人工流產決定權施以差別待遇，使已婚懷孕婦女施行人工流產需經配偶同意，應認具有合理關聯。

¹¹² 釋字 242 號劉鐵錚大法官不同意見書：「婚姻以及由婚姻所建構之家庭倫理關係，是構成社會人倫秩序之基礎，也是民族發展之礎石。憲法第一百五十六條特別強調國家應保護『母性』，即係本此意旨。故婚姻權及家庭倫理關係也應在憲法第二十二條人民其他自由及權利所保障之範疇中。」；釋字 362 號李鐘聲大法官協同意見書：「憲法第一百五十六條：『國家為奠定民族生存發展之基礎，應保護母性』，內涵我國許多人倫道德。本解釋依聲請人主張而為之，完全置前妻合法保護婚姻於不論不顧，有失憲法平等保護人權原則。」；釋字 552 號戴東雄大法官協同意見書：「婚姻自由權為我國憲法第二十二條所明定，憲法第一百五十六條保護母性之規定，與此亦發生密切關係。」